Escola de Direito
de Brasília - EDB

Perspectivas de Efetividade do Direito Fundamental à Saúde

Organizador:
Roberto Freitas Filho

Organização

Prof. Roberto Freitas Filho

PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1ª edição

Autores:

Rodrigo Chandohá da Cruz

Célia Barbosa Abreu

Eduardo Manuel Val

Rodrigo Coimbra

Gabriela de Cássia Moreira Abreu.

Claudio Felipe Alexandre Magioli Núñez

IDP

Brasília

2015

Conselho Editorial:

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

FREITAS FILHO, Roberto .
Perspectivas de Efetividade do Direito Fundamental à Saúde / Organizador Roberto Freitas Filho. – Brasília : IDP, 2015.
Disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
158 p.

ISBN 978-85-65604-58-1
DOI 10.11117/9788565604581

1. Direito Constitucional – Direitos Sociais – Efetividade – Direito à Saúde.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

O livro que ora se dá a público é mais um exemplo do esforço do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público para que as importantes questões de efetividade dos direitos fundamentais protagonizem as discussões acadêmicas em seu nível mais avançado.

Fruto do esforço de reflexão sistemática de docentes e alunos, internos e externos ao Programa, os quais atuam em colaboração intensa de pesquisa, o livro traz quatro capítulos nos quais se trata de problemas relativos à efetividade de direitos, tema que, de certa maneira, subverte a natural programação epistêmica do campo jurídico, já que somos todos formados, em grande medida, para lidar com questões de eficácia das normas.

A efetividade é, para uma considerável parcela dos praticantes do saber jurídico, um conceito externo ao direito, algo próprio da teoria política ou da administração pública. Entretanto, por conta na natural dificuldade proposta pelo dever constitucional de mudar a realidade no sentido da melhora das condições sociais, o tema da efetividade aparecerá com crescente vigor concomitantemente ao problema da concretização das promessas constitucionais de 1988, o que é exemplarmente visível no que toca ao direito à saúde. Os trabalhos componentes desta obra expressam de forma significativa esse objeto de estudo.

Rodrigo Chandohá da Cruz, em *Controle Judicial da Agência Nacional de Saúde em Casos Relacionados à Proteção do Idoso*, procura indicar que a ANS possui instrumentos adequados para exercer controle sobre as operadoras de seguro, tematizando os dois fatores que mais refletem de forma sobre os cidadãos idosos, que são os procedimentos sujeitos à autorização ou realização pelos planos de saúde e os preços privados que são cobrados dos segurados. Propõe que a ANS deve realizar uma política para aumentar a eficácia da

fiscalização e intervenção sobre estas organizações, para proteger a população, especialmente o idoso.

Célia Barbosa Abreu e Eduardo Manuel Val, em *Estratégias de Combate às Demências e ao Alzheimer na Terceira Idade,* apontam que as políticas fundadas no conceito de envelhecimento ativo se encontram superadas e devem ser complementadas pelo conceito de envelhecimento digno. Propõem o exame crítico das políticas públicas implementadas na esfera mundial e seu correlato na legislação brasileira, consideradas as questões da efetividade e concretização. A pesquisa lida, ainda, com dados europeus, norte-americanos e latino-americanos, tendo como fruto a proposição de modelos de ação em políticas a serem formuladas para caso brasileiro.

Gabriela de Cássia Moreira Abreu, em Fornecimento de Medicamentos e Direito à Saúde no Supremo Tribunal Federal: uma análise da decisão no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada Nº 175/Ce, aborda a complexa e difícil decisão sobre os limites do direito à saúde na Constituição Federal. Toma como objeto de análise os debates realizados na Audiência Pública n. 4, de 2009 e busca perfazer detida análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010.

Rodrigo Coimbra, em Efetivação dos Direitos e Deveres com Objeto Difuso: uma teoria a partir da Constituição e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, propõe o estudo dos direitos e deveres com objeto difuso a partir da Constituição, defendendo uma concepção objetiva de direitos fundamentais, tendo em vista a sociedade. Seria essa, a seu ver, a melhor leitura juridical e política do instituto. Sua ideia se situa no campo da efetividade da defesa e concretização dos direitos difusos, procurando fortalecê-la por meio da noção de direito objetivo.

Os trabalhos aqui reunidos possuem a originalidade e a qualidade heurística que os credencia a serem leitura importante no escopo das discussões teóricas a que se propõem tratar, o que justifica o empenho institucional do IDP em divulgá-los, cumprindo sua função de produção e fomento intelectuais.

****

CONTROLE JUDICIAL DA AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE EM CASOS RELACIONADOS À PROTEÇÃO DO IDOSO

Rodrigo Chandohá da Cruz[1]

RESUMO: O presente artigo objetiva discorrer sobre a Agência Nacional de Saúde - ANS, sua origem e função e, especialmente, acerca do controle judicial dos atos relacionados à proteção do idoso. **MÉTODOS:** Foi realizada pesquisa, com posterior tratamento de dados, utilizando os métodos indutivo e dedutivo. **RESULTADOS:** Verifica-se que a ANS possui competência para controlar os planos de saúde, sua abrangência, os tratamentos que serão oferecidos etc. Todavia, mesmo com todo este amparo legislativo, existem questões que fogem a este controle da ANS, como os valores que são cobrados pelas operadoras, desde seguros, o que prejudica a proteção do segurado, em específico da população idosa. **CONCLUSÃO:** Constata-se que a ANS possui instrumentos adequados para exercer controle sobre as operadoras de seguro, todavia, considerando que os dois fatores que mais refletem de forma significativa sobre estes cidadãos são os procedimentos que são autorizados/realizados pelos planos de saúde, e os preços privados que são cobrados dos segurados, a ANS deve realizar uma política para aumentar a eficácia da fiscalização e intervenção sobre estas organizações, para proteger a população, especialmente o idoso.

PALAVRAS-CHAVE: ANS. Controle judicial. Idoso. Regulação.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós Graduando em Direito Previdenciário na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Mestrando Bolsista do Capes em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB/SC. E-mail para contato: rccadvogado@hotmail.com

ABSTRACT: The present article has the objective of discussing the National Health Agency, called in Brazil of ANS, it's function and origins, as well to verify the judicial control in acts related to the elderly.

KEY-WORDS: ANS - Judicial control. Elderly. Regulation.

INTRODUÇÃO

Atualmente, envelhecer com dignidade tornou-se um verdadeiro luxo. Enquanto novas conquistas na área da saúde são divulgadas, tanto no Brasil, quanto em outros países, estas demoram a chegar à rede pública, momento no qual seu acesso se torna universal, disponível para toda a população.

Infelizmente, a área da saúde, principalmente aquela relacionada ao atendimento em prontos-socorros e hospitais está cada vez mais complicada no Brasil, no sentido de que não existem locais suficientes para que a população seja atendida de forma devida.

Ao mesmo passo, tem-se a impressão que determinados partidos políticos sabotam estes recursos, de forma proposital, especialmente em anos eleitorais. É o caso da Santa Casa de Misericórdia, na cidade de São Paulo, a qual interrompeu o atendimento gratuito à população, pois segundo o seu provedor, o hospital está com uma grande dívida, sem conseguir fazer a aquisição dos itens necessários para prestar atendimento médico às pessoas.[2]

Isto não deixa de ser um contra-senso, quando se vive em um país no qual a Constituição Federal indica no seu artigo 6º que a saúde é um direito

---

2 ALVES, Martha e PRADO, Avener. Folha de S.Paulo. Cotidiado. Sem Aviso, pacientes buscam atendimento no PS da Santa Casa. Notícia publicada em 23 de Jul. de 2014, às 06h368m. Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/07/1489926-sem-aviso-pacientes-buscam-atendimento-no-ps-da-santa-casa.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2014.

social[3], e complementa no artigo 196 que a saúde é um direito de todos e dever do Estado[4].

Mesmo que boa parte da população lute por melhorias e busque a atenção dos governantes, esta luta torna-se exaustiva, motivo pelo qual os poucos privilegiados recorrem aos hospitais particulares ou para os planos de saúde, os quais com o avançar da idade, só tendem a se tornar mais caros. E o pior, isto ocorre justamente em um momento em que a pessoa não possui mais a mesma disposição para trabalhar, tanto no mesmo cargo que exercia, quando na mesma quantidade de horas, pois o corpo humano, na maioria dos casos, tem a sua capacidade de resistência diminuída com o passar dos anos.

Outro fato que é importante ressaltar é que, geralmente neste período, a pessoa busca a sua aposentadoria, e acaba também por se decepcionar com o valor que lhe é pago mensalmente, o qual não é suficiente para manter o mesmo padrão de vida do cidadão, como no período no qual o mesmo laborava.

Ou seja, é um ciclo vicioso. E mesmo possuindo um plano de saúde qualificado, com preços elevados, muitas vezes o idoso encontra dificuldades para que determinados procedimentos sejam realizados, obtendo negativa por parte deste, precisando recorrer ao Poder Judiciário, para o mesmo obrigue o plano de saúde, por meio de decisão judicial, a efetivar um direito fundamental, a saúde[5], por meio da realização de determinado procedimento.

---

3 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

5 O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil indica que a vida do brasileiro e do estrangeiro no Brasil é inviolável, nos seguintes termos: “Art. 5º Todos são iguais

Felizmente, existem ferramentas que podem ser utilizadas em favor dos cidadãos, especificamente dos idosos, como o Poder Judiciário, já citado, a Constituição, legislações como o Código do Consumidor, e uma ferramenta pouco conhecida pela maioria da população, e até mesmo dos operadores do direito: a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS.

Portanto, o objetivo do presente artigo é fazer um estudo introdutório sobre a ANS, fazendo uma abordagem sobre a função das agências reguladores, sua criação, verificar o tratamento oferecido ao idoso pelo direito brasileiro, além de verificar a intervenção do Poder Judiciário nestas questões, por meio das decisões judiciais já proferidas.

Assim, o artigo é dividido em três partes, sendo que a parte 1 trata do Conceito histórico da Regulação Setorial, especificamente da ANS, a parte 2 discorre sobre a proteção estatal em face do Idoso, e por fim, a parte 3 aborda o o controle judicial sobre os atos administrativos da ANS. Por fim, serão feitas considerações finais e citadas as referências.

1. CONCEITO E HISTÓRICO DA REGULAÇÃO SETORIAL DE SAÚDE COMPLEMENTAR

1.1. Conceito de regulação setorial

A regulação setorial independente constitui um dos setores mais relevantes do Poder Executivo. Por meio da regulação, existe uma intervenção do referido poder em questões que envolvem a prestação de serviços à

---

perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

população, independente de sua condição financeira. Para melhor esclarecer a regulação, apresenta-se o conceito de Castro Junior:

> Os estudos sobre regulação econômica foram realizados, originalmente, nos países de língua inglesa. *Regulation* refere-se à atividade regulatória exercida pelo Estado, conceito mais amplo, porque abrange funções normativas, fiscalizadoras, executivas, sancionadoras e adjucativas, é um conceito que tem abrangência econômica, enquanto a atividade regulamentadora é a forma como se dá uma das funções da atividade regulatória, qual seja: normativa. A regulamentação, portanto, é um conceito jurídico e a regulação, um conceito técnico, mas que se expressa através da norma, já que um dos poderes das agências reguladoras independentes é o normativo.[6]

O referido autor faz ainda uma relação entre o Direito Regulatório e a atividade econômica:

> No Brasil, o Direito regulatório tem grande relação com o Direito Administrativo, em face da relação do Estado com o administrado. A regulação pode incidir sobre qualquer objeto social, como a saúde, a educação, a família, ou o trabalho, mas é no âmbito da Economia que vem sendo mais usado no Direito brasileiro, *in casu*, no Direito econômico. Pode-se conceituar a regulação como o conjunto de ações legislativas, administrativas e convencionais, através das quais o Estado induz os agentes econômicos a fim de garantir o interesse público, conforme os marcos jurídicos constitucional e setorial.[7]

Portanto, contata-se que a regulação busca intervir com o intuito de beneficiar o cidadão, intervindo na forma necessária, com base em legislação própria e específica sobre determinado setor. Na atualidade, não há como tratar de agências reguladoras sem mencionar a Anatel – Agência Nacional de

---

6 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Direito Internacional Econômico e Comércio Marítimo: Visão Geral. **In:** CASTRO JUNIOR. Osvaldo Agripino. (Coordenador). **Direito Marítimo, regulação e Desenvolvimento**. Prefácio de Wesley O. Collyer. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 355.

7 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Direito Internacional Econômico e Comércio Marítimo: Visão Geral, p. 356.

Telecomunicações, considerando que vivemos em uma era de tecnologia e transmissão de informações.

A Anatel foi criada com a promulgação da Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997, especificamente indicado no artigo 8º[8]. Ao analisar a lei citada, percebe-se que a mesma é uma "extensão" do Poder Executivo[9], e que a sua criação tem como intuito promover a regulamentação e organização da exploração dos serviços de telecomunicações (art. 1º).

Todavia, o objeto do presente trabalho é a ANS, a qual será analisada no item seguinte.

1.2. Natureza jurídica da ANS

A ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar surgiu por meio de uma Medida Provisória, editada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. A Medida provisória nº 2.012-2, de 30 de Dezembro de 1999, foi convertida na Lei nº 9.961[10], de 28 de Janeiro de 2000.

A função da ANS é a atuar "como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde", conforme preceitua o artigo 1º da mesma.[11]

---

8 Art. 8° Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

9 Art. 10. Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional.

Parágrafo único. A edição do regulamento marcará a instalação da Agência, investindo-a automaticamente no exercício de suas atribuições.

10 Lei nº 9.961 de 28 Janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm>. Acesso em: 11 de Ago. de 2014.

11 Art. 1o É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro

À ANS foi conferida a natureza de autarquia federal especial, o que lhe confere autonomias de natureza administrativa, financeira, patrimonial e da gestão de recursos humanos, características indicadas no parágrafo único do artigo 1º[12]. Por fim, imperativo esclarecer que a ANS também é vinculada ao Poder Executivo[13].

A competência da ANS está expressa no artigo 4º da mesma lei, o qual possui quarenta e dois incisos, indicando toda a extensão dos poderes da referida agência. Para fins deste artigo, indica-se 2 incisos relevantes para o desenvolvimento do mesmo.

O primeiro é o inciso XXI, o qual indica que compete à ANS "monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos". Esta indicação é de extrema importância, não somente para fins de estudo, mas para qualquer cidadão vinculado a um plano de saúde.

Conforme já indicado, a tendência dos planos de saúde é que, com o avançar da idade, haja um aumento do valor a ser pago pelo mesmo. As operadoras de plano de saúde fornecem tabelas para seus segurados, indicando determinadas faixas etárias, e o valor a ser pago por estes cidadãos.

Na grande parte dos casos, verifica-se que quem pagará mais pelo plano de saúde é o idoso. Sustenta-se que a justificação para o referido

- RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

12 Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

13 Art. 2o Caberá ao Poder Executivo instalar a ANS, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional básica.

aumento seja decorrente do fato que, com o avançar da idade, a pessoa tenha maior propensão a procurar o médico, para tratar diversas doenças.

Entre as doenças mais comuns entre os idosos estão a diabetes, doenças do coração, problemas de visão, doenças cerebrais como Parkinson e Alzheimer, dentre outras[14]. Em casos extremos, o idoso não consegue mais realizar as atividades do dia-a-dia sem ajuda de uma pessoa, sendo necessária a contratação de um cuidador. Ao visualizar o corpo-humano como uma máquina, percebe-se que ele tende a perder a sua eficiência com o aumento da idade.

Outro inciso que chama a atenção no artigo 4º é o XXVI, o qual indica que compete à ANS "fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos". Este, com certeza, é um dos incisos mais importantes, senão o mais importante, pois trata de uma temática que gera enormes discussões, que acabam inclusive no Judiciário.

Antes de prosseguir, é importante destacar que o artigo 1º da Lei nº 9.656, de 03 de Junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, faz menção no parágrafo primeiro que os planos de saúde estão subordinados às normas e fiscalização da ANS[15].

Considerando-se que a ANS foi criada em 1999, transformada em lei no ano seguinte, e que a lei indicada é do ano de 1998, foi editada a Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de Agosto de 2001, a qual acrescentou o referido

---

14 Portal Idosos. As Doenças em Idosos. Disponível em: <http://idosos.com.br/artigos/doencas/>. Acesso em: 11 ago. 2014.

15 §1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: [...]

parágrafo, para que subordinação dos planos de saúde à ANS fosse expressa, em texto de lei.

Retornando à análise do inciso, quando o cidadão adere ao plano de saúde, ele espera que toda e qualquer moléstia que possa lhe ocorrer possa ser tratada com a utilização do plano de saúde. Infelizmente, este não é o caso.

Os contratos de planos de saúde são conhecidos por serem cheios de cláusulas, que grande parte da população não lê, tanto por não compreender plenamente o que está escrito, quanto pelo fato de crer que a pessoa responsável pela venda do seguro esteja lhe fornecendo todas as informações necessárias para que possa ficar seguro quanto à abrangência do plano. Infelizmente não é o caso.

É muito comum que os operadores de plano de saúde indiquem a quantidade mínima de procedimento que podem ser realizados, em determinado espaço de tempo, o que acaba por deixar o segurado desamparado, e muitas vezes, desesperado.

Da mesma forma, com a evolução dos procedimentos médicos e das pesquisas feitas com o intuito de melhorar a qualidade de tratamentos disponíveis para a população, certos procedimentos não são autorizados. O mesmo ocorre com exames mais caros.

Nestes casos, o que resta ao segurado é recorrer ao Judiciário, fazendo-se valer ainda do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990[16], para que haja o deferimento de certo exame ou procedimento.

---

16 Cita-se como fundamento proveniente do CDC o artigo 51, inciso I:" Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

Todavia, resta ainda saber como é que a ANS recebe uma reclamação, e faz a intervenção com base nesta. Por exemplo, recentemente foi divulgada notícia, a qual informava o valor máximo de reajuste para determinados planos de saúde[17]. Estes índices máximos de reajustes foram determinados pela ANS. Uma das principais reclamações dos usuários é em relação aos valores que são cobrados pelos seguros médicos.

Na página eletrônica oficial da agência, existem informações disponíveis para que o consumidor possa verificar quais os índices que podem ser utilizados para a justificação de um aumento, e se este aumento é devido ou não.

Colhe-se do referido *site* que:

> A Lei nº 9.961/2000 atribuiu à ANS a responsabilidade de controlar os aumentos de mensalidade dos planos de saúde e este controle varia de acordo com o tipo de contrato de prestação de serviços de saúde (pessoa física ou jurídica) e com o motivo do aumento.[18]

É importante ainda destacar o que segue:

> O reajuste aplicado a contratos individuais/familiares celebrados antes de 1º de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;"

17 G1, em São Paulo. G1. Economia. ANS autoriza reajuste para quatro planos de saúde individuais antigos. ïndice de reajuste varia de 9,65% a 10,79%. São contemplados Amil Internacional, Sul América, Bradesco e Itauseg. Notícia publicada em 06 de Agos. de 2014, às 10h45m. Atualizada em 06 de Agos. de 2014, às 10h50m. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2014/08/ans-autoriza-reajuste-para-quatro-planos-de-saude-individuais-antigos.html>. Acesso em: 11 ago. 2014.

18 ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Planos de saúde e operadoras. Espaço do consumidor. Reajustes de preços de planos de saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>. Acesso em: 11 ago. 2014.

> 9.656/98 fica limitado ao que estiver estipulado no contrato. Caso o contrato não seja claro ou não trate do assunto, o reajuste anual de preços deverá estar limitado ao mesmo percentual de variação divulgado pela ANS para os planos individuais/familiares celebrados após essa data (planos novos).[19]

Esta indicação decorre dos artigos 15 e 35-E da Lei nº 9.656/98:

> Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
>
> [...]
> Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

---

19 ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Planos de saúde e operadoras. Espaço do Consumidor. Reajustes de preços de planos de saúde antigos. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/512-reajustes-de-precos-de-planos-de-saude-antigos>. Acesso em: 11 ago. 2014.

Seguindo esta orientação, no ano de 2014, o "índice de reajuste anual autorizado para planos de saúde individuais ou familiares contratados a partir de janeiro de 1999" foi de 9,65%. Portanto, constata-se que, para os planos adquiridos após janeiro de 1999, o índice de reajuste deverá ser expressamente autorizado pela ANS.

No caso dos planos adquiridos antes deste período, o reajuste seguirá a regra do contrato, ou na sua ausência, será utilizado o índice divulgado pela ANS.

Todavia, mesmo assim, existem exceções, como os planos adquiridos de forma coletiva, como por associações, sindicatos ou até mesmo pelo empregador. Nestes casos, os índices de reajustes não serão definidos pela ANS, mas a mesma fará acompanhamento do aumento dos preços.[20]

Há de se considerar que muitas pessoas fazem contratações de planos por meios de associações, sindicatos ou por meio de seu empregador, e nestes casos, haverá uma maior vulnerabilidade, pois nem a ANS poderá exercer controle de forma direta sobre os aumentos dos preços e valores dos seguros.

Todo e qualquer cidadão que possuir dúvidas em relação aos seus planos de saúde pode recorrer ao site da ANS (http://www.ans.gov.br/), entretanto, conforme verificado, constata-se que mesmo a referida agência possui limitações ao poder de regulação.

---

20 ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Planos de saúde e operadoras. Espaço do consumidor. Reajustes de preços de planos de saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>. Acesso em: 11 ago. 2014.

1.3. Estrutura administrativa

Quanto à organização da ANS, a mesma possui definição nos artigos5º, 6º e 7º[21]. Atualmente, o diretor-geral da ANS é o Sr. André Longo de Araújo de Melo[22], conforme se colhe do site da ANS.

Verificada a origem, função e estrutura da ANS, parte-se para um estudo direcionado aos idosos, seu amparo pelo ordenamento jurídico, e demais prerrogativas.

2. TEORIA GERAL DE PROTEÇÃO DO IDOSO NA REGULAÇÃO SETORIAL

2.1. Conceito de Idoso

A proteção ao idoso está presente não somente no seu Estatuto, mas também na Constituição. O artigo 230[23] da Carta Magna preceitua que os

---

21 Art. 5º A ANS será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno.

Parágrafo único. A ANS contará, ainda, com a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo.

Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

22 ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Quem somos. Diretoria Colegiada. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/diretoria-colegiada>. Acesso em: 11 ago. 2014.

mesmos devem ser amparados não somente pelo Estado, mas também pela sociedade, e que lhe sejam assegurados direitos como dignidade, bem-estar e a vida.

Já no ano de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.741, no dia 1º de Outubro de referido ano. Esta lei ficou conhecida como o Estatuto do Idoso, a qual fixou no seu artigo 1º, que é pessoa idosa a qual possui idade igual ou superior 60 (sessenta) anos[24].

O direito à saúde é confirmado e reiterado pelo Estatuto, o qual faz menção do mesmo nos artigos 2º, 3º[25], e 15[26], constatando-se que o legislador ofereceu um maior amparo para este direito.

Cumpre ressaltar que o acesso à saúde nem sempre foi universal à todos os cidadãos, independente de sua idade, conforme se verificará no próximo item.

---

23 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

24 Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

25 Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

26 Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

2.2. Histórico da proteção do idoso

O direito à saúde e o acesso à mesma nem sempre foram universais, como já indicado, e isto decorre estritamente de um período pré-constituição de 1988, quando para se ter acesso à saúde pública, era necessário que se contribuísse para a mesma, ou contasse com o auxílio das Santas Casas.

A Lei nº 6.439, de 1º de Setembro de 1977, indicava no seu artigo 6º[27] que a assistência médica seria fornecida pelo INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (ou INANPS, pois se encontram variações da sigla), o qual integrava o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, e determinava ainda que essa assistência seria fornecida exclusivamente aos trabalhadores, ou seja, contribuintes.

Por isto, era e ainda é muito comum as pessoas confundirem o INSS com o acesso à saúde. Ibrahim faz um comentário relevante que esclarece essa situação:

> Grande parte desta confusão entre previdência social e saúde deve-se ao fato destas ações, no passado, terem sido conjugadas. A própria denominação do INAMPS, como Instituto de Assistência Médica da Previdência Social, já explicita a

---

27 Art 6º - Ao INANPS compete prestar assistência médica, de acordo com os seguintes programas: I - programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, e assistência complementar, devidos os segurados do atual INPS e respectivos dependentes, na forma do disposto nos itens I e IV do artigo anterior; II - programas de assistência médica aos servidores do Estado, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, devidos aos funcionários públicos civis da União e de suas autarquias e do Distrito Federal, e respectivos dependentes, na forma do disposto no item II do artigo anterior; III - programas de assistência médica aos rurais, abrangendo os serviços de saúde e a assistência médica devidos, respectivamente, aos trabalhadores e aos empregadores rurais, na forma do disposto no item III do artigo anterior; IV - programas especiais de assistência médica, abrangendo os serviços médicos atualmente mantidos pela Fundação Legião Brasileira de Assistência - LBA e os que forem prestados em determinadas regiões à população carente, seja ou não beneficiária da previdência social, mediante convênios com instituições públicas que assegurem ao INAMPS os necessários recursos.

> questão. O fato é que, em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje. Deveria o trabalhador contribuir para a manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com a previdência social. Nesta época, aqueles excluídos do sistema somente poderiam contar com o atendimento médico das Santas Casas de Misericórdia. [28]

Toda esta situação se alterou, com a promulgação da Constituição de 1988, e com a Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990, a qual criou o SUS, que, segundo o artigo 4º[29] da referida lei, constitui "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público".

Nos anos seguintes, com a promulgação do Estatuto do Idoso, conforme já verificado, a proteção ao idoso ficou concretizada, por meio da fixação em letra de lei que o mesmo deve ser amparado pelo Estado, inclusive no que tange ao tratamento médico.

2.3. Conceito de controle judicial dos atos da ANS

Além da criação da ANS pelo poder Executivo, a própria Constituição da República Federativa do Brasil garante ainda outro instrumento para que haja a intervenção das agências reguladoras em determinados atos, e inclusive intervenção judicial.

---

28 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário - 17. ed - Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 8

29 Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Isto ocorre por meio do art. 5º, inciso XXXV da Constituição, o qual preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Watanabe e Grinover, citados por Silva fazem a seguinte observação

> O *princípio da proteção judiciária*, também chamado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV[30].[31]

Silva ainda faz a seguinte observação

> O art. 5º, XXXV declara: *a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Acrescenta-se agora a *ameaça a direito*, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia, nas leis processuais, em alguns casos. A Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes da concretização da lesão.[32]

Por fim, Silva cita uma passagem de Liebman, que é adequada ao objeto deste artigo:

---

30 Artigo 5º da CRFB/88, incisos LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

31 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013. p. 432.

32 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013. p. 433.

> O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*".[33]

Portanto, é possível a intervenção na atuação da ANS por meio do Poder Judiciário, apesar de ser vinculada ao Poder Executivo. Da mesma forma, justifica-se esta intervenção, pois serve para proteger garantias fundamentais dos cidadãos, como a saúde.

Verificada possibilidade de controle judicial dos atos da ANS por meio do Poder Judiciário, parte-se para a análise da jurisprudência sobre o tema.

3. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ANS ENVOLVENDO A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO IDOSO

Apresentados o surgimento da ANS, seu papel, qual o tratamento que o Estado brasileiro oferece ao Idoso, sua proteção, busca-se agora analisar qual o papel do controle judicial do Poder Judiciário sobre os atos da ANS. Para tanto, realizar-se-á consultas nos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Citar-se-á a jurisprudência que abrange demandas envolvendo pessoas idosas e a intervenção da ANS. Assim, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que segue:

---

33 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013. p. 433.

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. QUESTÃO DECIDIDA EM ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. ANÁLISE DO MÉRITO DA DEMANDA EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STJ/7. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA. DESCABIMENTO. SÚMULA STJ/5.
1.- Em Recurso Especial contra Acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, as questões federais suscetíveis de exame são as relacionadas com as normas que disciplinam os requisitos ou o regime da tutela de urgência. Não é apropriado invocar desde logo ofensa às disposições normativas relacionadas com o próprio mérito da demanda. (REsp 896.249/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 13.09.2007).
2.- Ademais, a discussão quanto à existência dos requisitos para a concessão de tutela antecipada, em vista das peculiaridades da causa, demanda o reexame de matéria fática, circunstância obstada pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte.
3. *Segundo a jurisprudência deste Tribunal, o consumidor que tenha completado 60 anos de idade, ainda que antes da vigência do Estatuto do Idoso, está livre de reajustes em função da faixa etária. E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).*
4.- A alegação de que as disposições contratuais que tratam do reajuste por faixa etária foram redigidas de forma clara e em destaque só poderia ter sua procedência verificada mediante a interpretação das aludidas cláusulas, o que é vedado nesta sede excepcional, a teor do enunciado 5 da Súmula desta Corte.
5.- Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 96.799/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 03/04/2012)

No julgado acima, percebe-se que é declarado o poder de intervenção do Judiciário na ANS nas questões que tratam do aumento do valor a ser cobrado pelas operadoras de plano de saúde. Ao mesmo passo, trata-se de um caso no qual é feita referência à pessoa idosa, e dos aumentos que são realizados pelas operadoras de seguro em razão do aumento da idade.

Abaixo, colhem-se outros julgados sobre o tema:

> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA.
> DESCABIMENTO.
> *1.- O art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.* E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98), a qual não restou demonstrada no presente caso.
> 2.- Ademais, a alegação de que as disposições contratuais que tratam do reajuste por faixa etária foram redigidas de forma clara e em destaque só poderia ter sua procedência verificada mediante a interpretação das aludidas cláusulas, o que é vedado nesta sede excepcional, a teor do enunciado 5 da Súmula desta Corte.
> 3.- Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1285591/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 02/12/2011)

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA.
> ESTATUTO DO IDOSO. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE I. *O art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.* - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º

> 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).
> II. A Agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> Agravo Regimental improvido.
> (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 819.369/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 06/05/2011)

O poder normativo (elaboração de normas por meio de resoluções) da ANS é ainda indicado pelo Supremo Tribunal Federal. No acórdão abaixo verifica-se a necessidade de análise da legislação infra-constitucional que trata do tema:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DE CONTRATO EM BENEFÍCIO DE COMPANHEIRA DE SEGURADO JÁ FALECIDO. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULAS 282 E 356/STF. Os temas constitucionais inscritos nos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput, XXXII; 93, IX; 102, III, a; e 226, § 4º; todos da Constituição, tidos por violados, não foram objeto de análise prévia e conclusiva pelo Colegiado de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. *Ademais, para dissentir do acórdão recorrido, necessária seria a análise da legislação infraconstitucional pertinente (Resolução nº 195/2009, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS), o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário.*
> Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 782494 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014)

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 279/STF. O acórdão recorrido considerou legítima a Taxa de Saúde

> Suplementar instituída pela Lei nº 9.961/2000. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o deslinde da controvérsia depende previamente do exame de legislação infraconstitucional. Precedentes. Não obstante a ausência de repercussão constitucional imediata, o acolhimento da pretensão importaria o revolvimento de fatos e provas para concluir pela inexistência de fiscalização ou inexistência de aparato administrativo apto a realizar a atividade de polícia em concreto. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 601105 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2014 PUBLIC 17-06-2014)

Constata-se, portanto, que a ANS, e a sua consequente intervenção perante o Poder Judiciário, só tendem a contribuir para o melhor atendimento destes planos aos seus segurados, no que tange ao valor a ser pago pelos serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da pesquisa realizada, constata-se que a criação da ANS tem como um dos seus objetivos contribuir para a efetividade das prerrogativas dos consumidores em relação à adesão de planos de saúde, por meio das operadoras existentes.

O fato de a ANS ser integrante do Poder Executivo, oferece à mesma uma maior gama de poderes para que possa atuar perante as operadoras, em favor dos segurados, determinando os índices de aumento a serem realizados pela prestação de serviços, bem como editar normas, fiscalizar, punir e estabelecer o diálogo entre governo, usuários dos serviços e prestadores de serviços.

Pode-se citar como exemplo uma notícia recente, na qual a ANS suspendeu 123 (cento e vinte e três) planos de saúde, de 28 (vinte e oito) operadoras[34]. Segundo a notícia, "a medida foi tomada por descumprimento de prazos estabelecidos para atendimento médico, realização de exames e internações, além de negativas indevidas de cobertura"[35].

Da mesma forma, verifica-se que existem limites ao exercício da ANS, como no caso de planos decorrentes de sindicatos, empresas e associações, aquela não pode intervir no sentido de controlar o valor do aumento de índices a ser cobrado pelos filiados.

Portanto, é necessário que toda a população, não somente a que tenha planos de saúde, mas a que possa vir a ter, cobre dos planos de saúde melhorias no atendimento, sendo os serviços oferecidos de forma universal, e sem restrições, as quais são em sua maioria baseadas em questões financeiras.

Ademais, é imperativo ainda a difusão de melhores preços para a adesão ao seguro, e principalmente, que estes sejam justos, mesmo com o aumento da idade.

---

34 G1, em Brasília. G1. Economia. ANS anuncia nova suspensão de 123 planos de saúde de 28 operadoras. Medida ocorre por descumprimento de prazos e negativa de coberturas. Suspensão não afeta o atendimento para quem já é cliente desses planos. Notícia publicada em 14 de Agos. de 2014, às 12h37m. Atualizada em 14 de Agos. de 2014, às 17h36m. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/ans-anuncia-nova-suspensao-de-123-planos-de-saude-de-28-operadoras.html>. Acesso em: 14 de ago. 2014.

35 G1, em Brasília. G1. Economia. ANS anuncia nova suspensão de 123 planos de saúde de 28 operadoras. Medida ocorre por descumprimento de prazos e negativa de coberturas. Suspensão não afeta o atendimento para quem já é cliente desses planos. Notícia publicada em 14 de Agos. de 2014, às 12h37m. Atualizada em 14 de Agos. de 2014, às 17h36m. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/ans-anuncia-nova-suspensao-de-123-planos-de-saude-de-28-operadoras.html>. Acesso em: 14 de ago. 2014.

Por fim, deve-se lembrar que todos os jovens um dia chegarão à terceira idade, momento no qual merecem ser bem tratados e acolhidos, tanto pelo Estado, quanto por qualquer tipo de instituição ao qual sejam vinculados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Doutrina:

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário - 17. ed - Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino. Direito Internacional Econômico e Comércio Marítimo: Visão Geral. In: CASTRO JR. Osvaldo Agripino. (Coordenador). Direito Marítimo, regulação e Desenvolvimento. Prefácio de Wesley O. Collyer. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

Sítios-Eletrônicos:

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/07/1489926-sem-aviso-pacientes-buscam-atendimento-no-ps-da-santa-casa.shtml.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2012-2.htmimpressao.htm.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm.

http://idosos.com.br/artigos/doencas/.

http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2014/08/ans-autoriza-reajuste-para-quatro-planos-de-saude-individuais-antigos.html.

http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/ans-anuncia-nova-suspensao-de-123-planos-de-saude-de-28-operadoras.html

http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude.

http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/diretoria-colegiada.

Legislação:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997

Medida provisória nº 2.012-2, de 30 de Dezembro de 1999

Lei nº 9.961, de 28 de Janeiro de 2000

Lei nº 9.656, de 03 de Junho de 1998

Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de Agosto de 2001

Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990

Lei nº 10.741, do dia 1º de Outubro de 2003 - Estatuto do Idoso

Lei nº 6.439, de 1º de Setembro de 1977

Superior Tribunal de Justiça

Supremo Tribunal Federal

ESTRATÉGIAS DE COMBATE ÀS DEMÊNCIAS E AO ALZHEIMER NA TERCEIRA IDADE [36]

Célia Barbosa Abreu[37]
Eduardo Manuel Val[38]

RESUMO: O trabalho se estrutura em 3 grandes eixos. Em primeiro lugar, trata da transformação do fenômeno do envelhecimento como resultado de um aumento populacional e uma melhora das expectativas de vida, decorrentes de avanços econômicos e sociais, mas que produzem um envelhecimento do envelhecimento. Aponta-se que as políticas fundadas no conceito de envelhecimento ativo se encontram superadas e devem ser complementadas pelo conceito de envelhecimento digno. Num segundo momento, examina-se o crescimento do número de casos de demências e, especificamente, a do mal de Alzheimer, trazendo dados que dão conta da dimensão do problema em termos quantitativos e qualitativos. Por último, o estudo informa e examina criticamente as políticas públicas propostas na esfera mundial e seu correlato na legislação brasileira, consideradas as questões da efetividade e concretização propriamente ditas. Para tal finalidade, a pesquisa traz dados reveladores da

---

[36] Este artigo é resultado de pesquisas realizadas junto ao Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais e ao Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano vinculados ao Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ, que contam com a participação de docentes, mestres e mestrandos do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), dentre outros colaboradores.

[37] Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro / UERJ. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional – PPGDC / UFF. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense / UFF. Niterói. Rio de Janeiro. Brasil. celiababreu@terra.com.br.

[38] Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro / PUC RJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional – PPGDC / UFF. Professor Adjunto de Direito Constitucional Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense / UFF. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD / Universidade Estácio de Sá / UNESA. Niterói. Rio de Janeiro. Brasil. eduardval11@hotmail.com.

amplitude global da situação gerada e de um panorama contundente dos planos de ação e legislação adotados na Europa, nos EUA e na América Latina, que têm como fonte tanto a Organização Mundial da Saúde (OMS) como também as ativas organizações não-governamentais especializadas como a Alzheimer’s Disease International e sua rede de organizações regionais e nacionais, que monitoram a evolução do problema do idoso com mal de Alzheimer. Com este embasamento, apresentam-se conclusões, sendo formuladas propostas para contribuir na análise das políticas públicas brasileiras neste setor.

PALAVRAS-CHAVE: Envelhecimento Populacional. Demência. Mal de Alzheimer. Políticas Públicas de Saúde.

ABSTRACT: The paper structures itself on three main axes. The first axis lectures about the metamorphosis of the phenomenon of aging because of population growth and the improvement of life expectancy, both of which elapse from economic and social progress, thus resulting in the postponement of aging. Public policies founded on the concept of active aging find themselves surmounted and must be complemented by the concept of dignified aging. On the second axis, the growth in the number of cases of dementia is thoroughly studied, specifically the Alzheimer’s disease, through data that can take account of the real size of the problem in quantitative and qualitative terms. The last axis critically analyzes the public policies engendered within both the international and the Brazilian legislature spheres, effectiveness and implementation considered. For this goal, the research brings revealing data on the global amplitude of the problem from a scathing panorama of the plans of action and legislature adopted in Europe, United States and Latin America. The sources for the policies on those countries are World Health Organization (WHO) and the active specialized non-governmental organizations such as Alzheimer’s Disease International and its network of regional and national organizations, which monitor the evolution of

health care issues of the elderly with Alzheimer’s. Grounded on those premises, the article is concluded with the formulation of proposals that aim to contribute in the analysis of the Brazilian public policies in this sector.

KEYWORDS: Population Aging. Dementia. Alzheimer's Disease. Public Health Policies.

INTRODUÇÃO

Não são de hoje as tentativas de prolongar a juventude, restaurar o vigor sexual e a vitalidade física. Os esforços para viver mais, no entanto, trazem consigo riscos próprios, sendo possível afirmar, de acordo com a mitologia grega, que o risco pode vir a ser maior do que o ganho. Alguns mitos trazem verdadeiras lições sobre o envelhecimento. Assim, por exemplo, sobre os riscos de viver mais, interessante lembrar do mito de Eos e Tithonus, sem esquecer, por outro lado, do mito das famosas fontes Mnemósine (memória) e Lethe (esquecimento), onde os deuses e os mortais podiam se abeberar.[39]

Desse modo, vive-se atualmente o envelhecimento populacional mundial, que é visto como um dos principais ganhos sociais do século XX, mas identificado como um fator de risco para o desenvolvimento global. Mundialmente, percebe-se a necessidade de políticas públicas voltadas para a saúde dos idosos, com foco na demência, doença bastante comum na terceira idade. Destaca-se a imprescindibilidade de conferir atenção especial ao Alzheimer, principal causa de demência da pessoa idosa.

[39] BUSSE, Ewald W. O mito, história e ciência do envelhecimento. *In: Psiquiatria geriátrica.* Org.: BUSSE, Ewald W.; BLAZER, Dan G. Traduzido por Maria Cristina Monteiro Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, *passim*.

A respeito desta temática, desenvolve-se o presente trabalho em três partes. A primeira cuida do envelhecimento; a segunda analisa a demência e o Alzheimer; a terceira trata das políticas públicas de saúde internacionais e nacionais para idosos com Alzheimer. Na conclusão, se tem o espaço para comentários e críticas dos autores relativamente ao quadro das políticas públicas brasileiras de saúde dos idosos e à imperiosa urgência da adoção de um plano nacional de combate ao Alzheimer.

1. ENVELHECIMENTO

O aumento da expectativa de vida da população mundial, nas últimas décadas, tornou o envelhecimento um óbice universal. Este fato determinou a necessidade de que, paralelamente, às modificações demográficas em curso, ocorram transformações socioeconômicas profundas, a fim de se conquistar a melhor qualidade de vida para os idosos, bem como para aqueles que estão envelhecendo. Nos países em desenvolvimento, esta meta está longe de ser concretizada, uma vez que, além de serem economicamente dependentes de outros países, detém uma estrutura socioeconômica arcaica, que privilegia uma minoria em detrimento da maioria. [40]

Consequentemente, o Brasil necessitará fazer pesados investimentos na área de saúde, em especial, para atendimento da população idosa. Importante seguir a orientação da Organização Pan-Americana de Saúde, no sentido de se empreender um conjunto de ações que provoque mudanças no estilo de vida, objetivando a diminuição do risco de adoecer e morrer,

---

[40] SHOUERI JUNIOR, Roberto; RAMOS, Luiz Roberto; PAPALÉO NETTO, Matheus. Crescimento populacional: aspectos demográficos e sociais. *In: Geriatria:* fundamentos, clínica e terapêutica. Org.: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PAPALÉO NETTO, Matheus. São Paulo: Atheneu, 2000, p.26.

estabilizando ou melhorando a saúde dos indivíduos em sua totalidade, aliando à saúde física a sua complexidade social. Estratégias devem ser realizadas para atingir estas metas, nos campos psicossocial, político e econômico. [41]

Normalmente, o termo envelhecimento vinha associado ao declínio da eficiência/desempenho, doenças e morte. Era comum o preconceito com o idoso. Esquecia-se que o envelhecimento também pode expressar modos desejáveis de amadurecimento. Algumas alterações etárias são benignas, contribuem para o desenvolvimento humano, a satisfação de suas necessidades pessoais e a manutenção de um lugar social. [42]

Com o envelhecimento populacional global, surgem novas ideologias em torno do envelhecimento. Fala-se no envelhecimento "ativo", quando seria melhor pensar num envelhecimento "digno", desde a primeira assembleia internacional sobre o envelhecimento, ocorrida em 1982. Nesta ocasião, notava-se a importância da medicalização do idoso, que deveria ser inserido no mercado de trabalho, alcançando meios físicos e financeiros para a sua autonomia. Era preciso reconhecê-lo como ator social, dotado de necessidades e especificidades, que deveriam ser respeitadas por somarem valor à economia e representarem um novo nicho de mercado. [43]

Surgia a ideologia do envelhecimento "ativo", com o discurso da inclusão do idoso na vida socioeconômica. A imagem do idoso aposentado inserido no mercado de trabalho seria algo natural e desejável, além de

---

[41] JACOB FILHO, Wilson; CHIBA, Toshio. Atendimento Multidisciplinar. *In: Geriatria:* fundamentos, clínica e terapêutica. Org.: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PAPALÉO NETTO, Matheus. São Paulo: Atheneu, 2000, p. 400.

[42] BUSSE, Ewald W. O mito, história e ciência do envelhecimento. *In: Psiquiatria geriátrica.* Org.: BUSSE, Ewald W.; BLAZER, Dan G. Traduzido por Maria Cristina Monteiro Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 15.

[43] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Teresa. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. *In: Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Org.: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: Ipea, 2004, p. 255.

relevante para a produtividade. Não se levava em conta que, muitas vezes, o indivíduo já tinha em seu histórico de vida uma inserção precoce no mundo do trabalho, tendo sido explorado e expropriado de seus direitos. [44]

A segunda assembleia mundial sobre o envelhecimento ocorreu em 2002. Destacou-se que, embora a Europa e a América do Norte lidassem com a questão do envelhecimento há décadas, era chegada a hora de se atentar para os países em desenvolvimento, eis que estes passariam a enfrentar um considerável aumento da população idosa, com possível prejuízo para o desenvolvimento da economia mundial. Foi previsto que, na Ásia e na América Latina, os idosos teriam um crescimento de 8% para 15%, entre 1998 e 2025. Em 2050, o percentual poderia chegar a 19%. O número de crianças cairia de 33% para 22%, de modo que não tardaria para que o número de idosos e jovens viesse a se igualar mundialmente. [45]

As estratégias sugeridas e os documentos elaborados tanto numa como na outra assembleia internacional do envelhecimento foram vagos, desconsiderando as diferenças regionais e sem a previsão dos recursos. [46]

2. A DEMÊNCIA E O MAL DE ALZHEIMER

Com o envelhecimento populacional, crescem os casos de demência, sobretudo na terceira idade. Consequentemente, advém a preocupação com a

---

[44] DANTAS E SILVA, Ferlice; SOUZA, Ana Lúcia de. Diretrizes internacionais e políticas para idosos no Brasil: a ideologia do envelhecimento ativo. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p. 85-94, jan./jun.2010, p. 90.

[45] DANTAS E SILVA, Ferlice; SOUZA, Ana Lúcia de. Diretrizes internacionais e políticas para idosos no Brasil: a ideologia do envelhecimento ativo. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p. 85-94, jan./jun.2010, p. 88.

[46] CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Teresa. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. *In: Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Org.: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: Ipea, 2004, p. 261.

saúde dos idosos. Idoso doente é sinônimo de altas despesas e não produtividade, com risco para o desenvolvimento econômico global.

A ideologia do envelhecimento "ativo", mediante a necessidade de inclusão do idoso no mercado de trabalho, leva à construção de uma política pública para que o idoso seja "autônomo" e some valor à economia. O idoso "ativo" é gerador de receita e, desta forma, conquista a condição de importante ator social, merecedor de reconhecimento de suas necessidades e especificidades.

Mas, e o idoso dependente ou frágil? E o idoso com demência? Estaria ele tendo a atenção devida pelas políticas públicas de saúde? Afinal, este idoso não detém uma velhice "ativa". Este, pois, é o foco deste trabalho, qual seja as políticas públicas de saúde relativas ao idoso dependente, mais precisamente o idoso com demência e, em especial, o acometido por uma de suas formas mais frequentes, o mal de Alzheimer.

Atualmente, este idoso ainda é um desconhecido, não se sabendo como lidar com ele. O idoso com demência também demanda uma atenção diferenciada e políticas públicas voltadas para o atendimento de suas necessidades e especificidades. É preciso respeitar o seu direito a um envelhecimento "digno", sendo inafastável a existência de um dever de solidariedade por parte da família, sociedade e Estado.

A demência é uma síndrome caracterizada pelo declínio de várias habilidades intelectuais, transtorno do comportamento e restrições funcionais. Sua prevalência cresce exponencialmente de 2% entre pessoas com 65 anos de idade para 20 a 40% entre aquelas com 80 anos ou mais. Assim sendo, vale frisar, em razão do envelhecimento populacional mundial, estima-se que o

número de idosos com demência crescerá consideravelmente durante os próximos anos. [47]

De acordo com a American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: DSM-IV-TR e com a Organização Mundial de Saúde (da CID-10), para o diagnóstico de demência (quadro 20.1), o indivíduo deve ser acometido pela deterioração da memória e de suas funções corticais superiores. É preciso que a pessoa tenha um comprometimento suficientemente grave de suas habilidades intelectuais, ao ponto de restar prejudicada a sua capacidade funcional. [48]

A demência engloba várias patologias, tendo causas que podem ser divididas em degenerativas, vasculares, metabólicas, tóxicas, inflamatórias/transmissíveis, neoplásicas e mecânicas (quadro 20.5). Suas 4 causas mais comuns são: o Alzheimer, a demência dos córpulos de Lewy, a demência frontotemporal e a demência vascular. Os fatores causais do Alzheimer ainda não foram compreendidos. Afirma-se que seria uma decorrência da conjugação de fatores de risco genéticos e não genéticos. [49]

A doença de Alzheimer é um transtorno neurodegenerativo lento. Os por ela acometidos perdem sua produtividade socioeconômica e o fardo familiar é profundo. Surgem dificuldades de aprendizado. Progressivamente, são atingidas a habilidade matemática, a linguagem, a práxis, a percepção sensorial

---

[47] ALMEIDA, Osvaldo Pereira de. Demência. *In: Prática Psiquiátrica no hospital geral:* interconsulta e emergência . Org.: BOTEGA, Neury José. 3a ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 280.
[48] ALMEIDA, Osvaldo Pereira de. Demência. *In: Prática Psiquiátrica no hospital geral:* interconsulta e emergência . Org.: BOTEGA, Neury José. 3a ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 280.
[49] GELLER, Lisa N.; REICHEL, William. A doença de Alzheimer: aspectos biológicos. *In: Assistência ao idoso:* aspectos clínicos do envelhecimento. Org. : GALLO, Joseph J.; BUSBY-WHITEHEAD, Jan; RABINS, Peter V.; SILLMAN, Rebecca A.; MURPHY, John B. Traduzido por Carlos Alberto Gomes da Silva Junior…[et al.]. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2001, p. 181.

e as habilidades da visão espacial. São sintomas: a amnésia, a afasia, a agnosia e a apraxia. São afetadas as funções intelectuais. [50]

O diagnóstico precoce do Alzheimer continua a ser um desafio. Um impasse contemporâneo é diferenciar as alterações cognitivas próprias do envelhecimento normal das manifestações das fases iniciais dos transtornos demenciais, particularmente do Alzheimer. Os diagnósticos são imprecisos. [51]

O manejo das alterações comportamentais se dá através de estratégias farmacológicas, psicológicas e sociais, gerando gastos. Na maioria dos casos, as intervenções restringem-se ao uso de medicamentos. Pessoas com sintomas psiquiátricos totalmente distintos são tratadas como se fossem um grupo homogêneo de "pacientes com transtorno de comportamento". Tratamentos experimentais vêm sendo aplicados aos pacientes com demência. Os resultados iniciais são desapontadores. [52]

A última declaração da OMS (Organização Mundial de Saúde) em matéria de Alzheimer, em conjunto com a Associação Internacional da Doença de Alzheimer, datada de 2012, considerou a demência como uma crise de saúde pública, prioridade mundial. O documento intitulado: "Demência: uma prioridade de saúde pública" apresentou dados dos principais estudos realizados, destacando as melhores práticas a serem desenvolvidas na luta contra a doença, além de estatísticas de diversos países. Estimou-se que, a cada ano,

---

[50] ALMEIDA, Osvaldo Pereira de. Demência. *In: Prática psiquiátrica no hospital geral: interconsulta e emergência.* Org.: BOTEGA, Neury José. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 284.

[51] BOURGEOIS, James A.; SEAMAN, Jeffrey S.; SERVIS, Mark E. *Delirium*, transtornos amnésticos e outros transtornos cognitivos. *In: Tratado de psiquiatria clínica.* Org.: HALES, Robert H.; YUDOFSKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. Traduzido por: André Campos Gross…[et al.]. 5a ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 346.

[52] ALMEIDA, Osvaldo Pereira de. Demência. *In: Prática psiquiátrica no hospital geral: interconsulta e emergência.* Org.: BOTEGA, Neury José. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 291.

surjam 7,7 milhões de casos de demência. Sublinhou-se que o total de pessoas atingidas deverá quase que dobrar a cada 20 anos, podendo passar de 65,7 milhões em 2030 a 115,4 milhões em 2050. [53]

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA IDOSOS COM ALZHEIMER: A DISTÂNCIA ENTRE A PROPOSTA NORMATIVA E A EFETIVIDADE CONCRETA

Em face da Declaração da OMS (2012), no sentido da necessidade de se declarar a demência uma prioridade mundial de saúde pública, e dos dados estatísticos apresentados acerca da numerosa quantidade de pessoas, ao redor do mundo, afetadas por demências, passa a ser de interesse inequívoco a realização de estudos sobre políticas públicas adotadas em saúde para os idosos, que são a camada mais comumente por elas atingidas, especialmente pelo Alzheimer. Torna-se oportuno citar algumas das respostas dadas mundialmente ao verdadeiro chamado ao planeta feito pela OMS, sem a pretensão de exaurir os modelos existentes, de per si ou comparativamente. [54]

Começa-se abordando a iniciativa europeia em matéria de Alzheimer e outras demências. Nisso, merece menção: o relatório A7-0366/2010 da Comissão do Ambiente, da Saúde Pública e da Segurança Alimentar,

---

[53] O relatório Dementia: a public health priority está disponível para download no site da Alzheimer's Disease International.

[54] Informações do site da Alzheimer's Disease International destacam a existência de 16 planos nacionais e 8 subnacionais, fora 6 estratégias não governamentais, efetuadas por grupos privados. Não consta nenhum esclarecimento sobre programas nos países da América Latina. Dentre os planos nacionais, há referência aos seguintes: Austrália; Dinamarca; Inglaterra; Finlândia
França; Israel; República da Coreia; Luxemburgo; Holanda; Noruega; Irlanda do Norte ; Escócia ; Suíça ; Taiwan; EUA; País de Gales. Tais dados estão disponíveis em: http://www.alz.co.uk/alzheimer-plans acessado em 29.10.2014.

apresentado pelo Parlamento Europeu, em 09.12.2010, que, após debates e votação, resultou na aprovação do texto P7-TA (2011)0016, que compreende a resolução do Parlamento Europeu, de 19.01.2011, sobre a iniciativa europeia relativamente a estas doenças. O relatório trouxe uma proposta de resolução que se pautava: na necessidade de adoção de medidas de luta contra as doenças neurodegenerativas associadas à idade, em especial o Alzheimer, reconhecidas em recomendação do Conselho Europeu; nas conclusões do projeto EuroCoDe da organização Alzheimer Europe (colaboração europeia sobre demência) (2006-2008); no relatório mundial de 2010 sobre o Alzheimer; no objetivo estratégico da União Europeia de promover a saúde numa Europa que envelhecia e se encontrava em face da necessidade de intensificar a investigação no interesse dos cuidados paliativos e de uma melhor compreensão de tais patologias. Segundo o relatório (2010), as estimativas eram de que, em todo o mundo, 35,6 milhões de pessoas sofriam de alguma forma de demência, sendo possível prever que este número deveria praticamente duplicar a cada 20 anos, podendo chegar a 65,7 milhões em 2030, de acordo com relatório de 2010 da organização Alzheimer's Disease International, estando o número de doentes de Alzheimer subavaliado, em razão de dificuldades na realização de um diagnóstico precoce. Naquela ocasião, o número de europeus com demência ficava em torno de 9,9 milhões, sendo o Alzheimer responsável pela vasta maioria dos casos.[55]

Cumpre citar também que a Alzheimer Europe e suas organizações membros apelaram à União Europeia, à Organização Mundial de Saúde, ao Conselho da Europa e aos governos nacionais para declararem o Alzheimer um problema maior de saúde pública e desenvolverem programas internacionais,

---

[55] O relatório A7-0366/2010 apresentado pelo Parlamento Europeu, bem como o texto P7-TA (2011)0016 estão disponíveis para visualização no Sítio Web do Parlamento Europeu. Verifique-se em: http://www.europarl.europa.eu/ acessado em 06.05.2014.

nacionais e europeus específicos para esta forma de demência, como prioridades políticas. Foi aprovada a Declaração de Paris (2006). [56]

Dados fornecidos pela Alzheimer Europe, em 24.02.2014, estimam a existência hoje de 8,7 milhões de pessoas com demência nos Estados membros da União Europeia e 0,5 milhões de pessoas com demência na Suíça, Noruega, Islândia, Jersey e Turquia. Não se pode ter dúvida de que, com o atual aumento na expectativa de vida da população da Europa, o número de pessoas afetadas por doenças relacionadas à idade, como o Alzheimer, irá crescer dramaticamente nos próximos anos. [57]

A partir de informações da Alzheimer Europe, vê-se que nem todos os países membros da União Europeia tem um Plano Nacional de luta contra o Alzheimer, porém muitos já adotaram medidas relativas à questão. Seria, pois, interessante fazer um levantamento de alguns países que tomaram essa iniciativa, não só na Europa.

Na França, o Alzheimer é a forma mais comum de demência, representando cerca de 60 a 70% dos casos de sua incidência. Diante disso, são empreendidos esforços para o desenvolvimento de medidas para dar cabo das demências. Existem planos nacionais quinquenais de luta contra o Alzheimer, tendo o penúltimo se desenvolvido no período de 2008 a 2012, estando em curso o plano 2013-2018.[58]

---

[56] O site da Alzheimer Europe traz estudos comparativos dos estágios de evolução dos Programas de Luta contra o Alzheimer nos 28 Estados-Membros que compõem hoje a União Europeia. Traz também a Declaração de Paris, disponível em: http://www.alzheimer-europe.org/ acessado em 06.05.2014.

[57] Leia-se sobre o assunto, as informações do Site Alzheimer Europe disponível em: http://www.alzheimer-europe.org/ acessado em 05.05.2014.

[58] Caso haja interesse na análise do Plano Nacional quinquenal de luta contra o Alzheimer adotado na França (2008-2012), o documento pode ser encontrado no site: sante.gouv.fr do Ministère des Affaires Sociales de la Santé. Está disponível em: http://www.sante.gouv.fr/le-plan-alzheimer-2008-2012,972.html acessado em 07.05.2014.

A Alzheimer Portugal defende a necessidade de um Plano Nacional para as demências. Em 2013, quando o número de pessoas acometidas por demência no país ultrapassava 153.000, dos quais mais de 90.000 com Alzheimer, o Presidente do Conselho Nacional de Saúde Mental, António Leuschner, teria afirmado que, em 2014, este plano seria uma realidade.[59]

Como muitos outros países, a Dinamarca é confrontada com o desafio do envelhecimento da população. De acordo com a análise estatística do número de cidadãos dinamarqueses, o número daqueles com mais de 80 anos vai crescer para 450 mil em 2040, o que significa que estes têm maior probabilidade de necessitar de ajuda prática e pessoal. Para enfrentar este desafio, o governo dinamarquês lançou um programa de reforma social ambiciosa, que tem por objetivo garantir um sistema social sustentável e serviços sociais de qualidade. Isto inclui ajudar idosos a permanecerem saudáveis por um longo período de tempo, contando com uma maior utilização de tecnologia para o bem-estar inteligente.

A alta qualidade de atendimento aos idosos é um componente-chave do modelo de bem-estar dinamarquês. A ajuda pública para os idosos na Dinamarca é baseada no princípio do direito universal e dada com base em necessidades individuais.
A Lei sobre o Serviço Social (The Act on Social Service) constitui hoje o principal trabalho no quadro de política sênior dinamarquês. Em geral, todos os serviços são financiados via pagamento de taxas. Entretanto, independentemente das condições econômicas pessoais, todos os cidadãos dinamarqueses, têm assegurado o acesso a cuidados quando idosos.

---

[59] A este respeito, é válido conferir as notícias do site da Alzheimer Portugal. Sugere-se a leitura do sítio: http://www.alz.org/news_and_events_alzheimers_accountability_act.asp acessado em 05.05.2014.

Em setembro de 2013, o Ministério Dinamarquês das Crianças, Igualdade de Gênero, Integração e Assuntos Sociais e o Ministério Chinês dos Assuntos Civis firmaram um Acordo de Cooperação (Memorando de Entendimento sobre Cooperação e Troca de Conhecimentos) na área de cuidados a longo prazo e reabilitação de pessoas idosas. Na Dinamarca, admite-se que, nos últimos anos, tem sido maior o enfoque dado à demência e aos pacientes terminais, sendo certo que, na última década, o parlamento dinamarquês alocou fundos significativos para intensificar os esforços nestes domínios. [60]

Os quatro países do Reino Unido, Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia detém cada qual a sua estratégia de combate à demência. Nesse sentido, em 2009, estimava-se que existiam mais de 570 mil pessoas na Inglaterra vivendo com demência. Este número acreditava-se iria dobrar nos 30 anos posteriores, na ausência de qualquer avanço médico em tratamento. Diante do quadro, a Inglaterra adotou uma Estratégia Nacional de Demência, que se subdivide em 18 áreas identificadas por um grupo de especialistas em política Alzheimer. Na prática, se poderia dizer que, em verdade, seriam 18 planos distintos, dentro de uma proposta maior e, cada plano seria construído de forma diferente, com recomendações políticas específicas. [61]

---

[60] A este respeito, os autores indicam os dados trazidos pelo Ministério Dinamarquês das Crianças, Igualdade de Gênero, Integração e Assuntos Sociais, disponíveis em: http://sm.dk/en/responsibilites/social-affairs/eldercare acessados em 29.10.2014.

[61] A atuação se voltaria para as áreas de: sensibilização; formação da demência; diagnóstico; acesso ao tratamento; cuidado e coordenação; avaliação do cuidador; mudanças na prática médica; recomendações quanto à qualidade da assistência; questões éticas e jurídicas; fatores de prevenção de riscos; melhoria dos dados; financiamento das pesquisas; orçamento para assistência à família; políticas com foco no cuidador familiar de apoio; novos projetos piloto; populações especiais; política governamental; políticas intergovernamentais. Mais dados sobre isto podem ser obtidos no site do governo do Reino Unido https://www.gov.uk/, sendo sugerido se faça o exame a começar pelos dados disponíveis em: https://www.gov.uk/government/publications/living-well-with-dementia-a-national-dementia-strategy acessado em 29.10.2014.

Informações da Alzheimer’s Disease International levam ao Plano Nacional de Alzheimer do País de Gales, o qual vem datado de 2011. O documento revela o impacto da doença neste país. Salienta que, até 2021, o número projetado de pessoas com demência iria aumentar em 31% e em até 44% em algumas áreas rurais. Esclarece que houve uma significativa quantidade de trabalho realizado a este respeito no País de Gales, incluindo uma ampla consulta pública, para identificar as ações que seriam necessárias para oferecer melhor qualidade de vida para as pessoas com demência neste país. Quatro áreas prioritárias foram identificadas para melhoria: a melhoria da prestação de serviços através de um melhor trabalho conjunto através de saúde, assistência social, terceiro sector e outros órgãos; a melhoria de um diagnóstico precoce e de intervenções oportunas; a melhoria do acesso à informação e ao apoio para as pessoas com a doença e seus cuidadores, incluindo uma maior consciência da necessidade de sua defesa; a melhoria da formação para aqueles responsáveis pela prestação de tais cuidados, incluindo a da investigação (pesquisa). [62]

Na Irlanda do Norte, documento do Departamento de Saúde, Serviços Sociais e Segurança Pública (datado de novembro de 2011) salienta que o número de casos de demência naquela época estaria em torno de 18 a 19.000, sendo possível antever que chegariam a cerca de 60 mil por volta de 2051. Com isso, se impunha um grande desafio, que impunha rever os serviços prestados até então e começar a trabalhar de forma diferente para apoiar as pessoas com demência e suas famílias. Por conseguinte, se dava conhecimento da adoção de uma estratégia regional, melhorando o atendimento Demência na Irlanda do Norte, especialmente com foco nos serviços e nas modalidades de apoio

---

[62] O Plano Nacional de Alzheimer do País de Gales está disponibilizado pela Alzheimer’s Disease International em: http://www.alz.co.uk/plans/wales acessado em 29.10.2014.

disponíveis para as pessoas com demência, seus familiares e seus cuidadores.[63]

A Escócia também adotou uma estratégia nacional para lidar com a demência, dando conta a Alzheimer's Disease International que este Plano Nacional seguiria o modelo de subdivisão em 18 áreas de atuação acima aludido. Nos dados disponibilizados por esta última, consta um Plano Nacional de Demência Escocês datado de 2010, no qual se consigna que a ação neste sector data, no entanto, de 2007. Entre as propostas do plano, está a de transformar os serviços de demência através do estabelecimento de normas comuns de cuidados. Para tanto, seria criado um quadro capaz de garantir que todos os funcionários prestadores de tais serviços estariam qualificados e bem informados sobre demência. Haveria que se cuidar ainda de conseguir uma maior integração entre serviços de saúde e assistência social. Outras metas importantes a serem alcançadas seriam a de melhorar o nível dos diagnósticos, além de reduzir o uso de drogas psicoativas na gestão da patologia. [64]

Em 2012, estimava-se que mais de 13 000 pessoas na Finlândia tinham algum tipo de doença demencial. Em maio deste ano, foi publicado o Plano Nacional da Finlândia (Plano de Memória Nacional da Finlândia), com vigência até 2020, que almeja deixar claro ser o país "um amigo da memória". A meta da proposta é baseada em quatro elementos-chave: promover a saúde do cérebro; adotar atitudes corretas nos cuidados e na reabilitação da saúde do cérebro e, em especial, na questão da demência (identificada como uma das doenças da memória); garantir uma qualidade de vida para as pessoas

---

[63]Para análise do referido documento, recomenda-se sua visualização pelo site da Alzheimer's Disease International em: http://www.alz.co.uk/plans/northern-ireland acessado em 29.10.14.
[64] O referido Plano está disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/scotland acessado em 29.10.2014.

acometidas com demência e seus cuidadores; desenvolver pesquisas para o maior conhecimento acerca das demências. [65]

Em Luxemburgo, está em vigor um Plano de Ação Nacional contra Doenças Demenciais, que se situa entre as prioridades do programa de governo do período 2009-2014, sob a responsabilidade do Ministério da Família e da Integração, em colaboração com o Ministério Saúde, objetivando primordialmente o desenvolvimento de um programa com atenção para as questões da prevenção, do diagnóstico precoce e do tratamento da demência. Como as respostas atuais da medicina têm limitações, entende-se ser necessário apoiar os pacientes e suas famílias de forma a permitir-lhes uma "boa vida" com a doença. [66]

Na Holanda, está em vigor o Plano Nacional de Demência dos Países Baixos, que tem por objetivo cuidar das pessoas acometidas de males demenciais. Da mesma forma que se viu na Inglaterra, aqui também temos um programa de ação que se subdivide nas 18 áreas referidas anteriormente. [67]

Na Noruega, não é nova a atenção do governo para a situação das pessoas com demência e de seus familiares, sendo admitida a necessidade da formulação de um plano global para melhorar o atendimento de tais indivíduos, bem como disponibilizar mais recursos na área das demências. Diante disso, foi apresentado um Plano Governamental de Demência, que é visto como parte do

---

[65] O referido plano está disponível online através do site da Alzheimer's Disease International em: http://www.alz.co.uk/plans/finland acessado em 29.10.2014.

[66] Mais informações estão disponíveis no site do Ministério da Família, Integração e Grande Região do Grande Ducado de Luxemburgo em: http://www.mfi.public.lu/actualites/2013/05/PresentationPlanActionNationalMaladiesDementielles/index.html acessado em 29.10.2014.

[67] Documentos e publicações oficiais sobre o tema estão disponíveis no site do Ministério da Saúde, Bem-Estar e Desporto do Reino dos Países Baixos em: http://www.government.nl/ministries/vws/documents-and-publications?form-information-type=parliamentary-documents#ref-minvws acessado em 29.10.2014.

Plano de Cuidados de 2015. O Plano de Demência Norueguês também segue o modelo de subdivisão em atuação nas 18 áreas já referidas antes. [68]

Da mesma forma, a Suíça adotou uma Estratégia Nacional em matéria de demência, estando em vigor um plano relativo ao período de 2014-2017. Este programa de ação abrange 4 áreas em especial: a consciência da saúde, a informação e a participação; as necessidades especiais e serviços correlatos; a qualificação das habilidades profissionais; a importância da obtenção de dados e da transferência de conhecimento. [69]

Os EUA admitiram a inafastabilidade de uma estratégia nacional de luta contra o Alzheimer, que é a sexta causa de morte entre os americanos. Em 2010, o Congresso aprovou o Projeto de Lei Nacional Alzheimer (PL 111-375), instituindo o Departamento de Saúde e Serviços Humanos para desenvolver um plano específico para a doença. Atualmente, existe um Plano Nacional de Alzheimer, atualizado anualmente. Em 2014, os custos de atenção foram estimados em 172 milhões de dólares, com a previsão de um gasto superior a 1 trilhão de dólares em 2050. Neste ano, foi introduzido o Accountability Act de Alzheimer, visando garantir que o Congresso estará equipado com informações para definir as prioridades de financiamento e alcançar a meta do Plano Nacional de Doença de Alzheimer, voltado para o propósito de que a prevenção e o tratamento da doença se deem de forma eficaz até 2025. [70]

No Canadá, em 2014, seriam 747.000 canadenses afetados pelo Alzheimer ou doenças aparentadas. As estimativas são de que, se nada for feito a este respeito, tais patologias vitimarão 1,4 milhão de canadenses em 2031,

---

[68] É possível a apreciação do Plano Governamental de Demência pelo site da Alzheimer's Disease International, mais precisamente no endereço: http://www.alz.co.uk/plans/norway acessado em 29.10.2014.

[69] Para mais detalhes sobre a referida estratégia, remete-se o leitor ao Plano Suíço de 2014-2017 disponível pela Alzheimer's Disease International em: http://www.alz.co.uk/plans/switzerland acessado em 29.10.14.

[70] Estas notícias estão disponíveis no site da Alzheimer's Association em: http://www.alz.org/news_and_events_alzheimers_accountability_act.asp acessado em 05.05.2014.

chegando os custos econômicos a 293 milhões de dólares em 2040. Segundo declaração da Société Alzheimer Society, o plano nacional de combate ao Alzheimer e doenças assemelhadas deve fazer parte das prioridades do orçamento federal. A chefe da direção da Société Alzheimer Canadá, Mimi Lowi-Young, demandará ao governo 3 milhões de dólares para a formação de uma parceria canadense contra o Alzheimer e outras doenças neurodegenerativas, reunindo líderes de opinião, governantes e os porta-vozes e setores da saúde, pesquisa, academia e indústria para conseguir implementar um Plano Nacional contra o Alzheimer. [71]

Na América Latina, o idoso com Alzheimer também foi objeto de atenção. Bolívia, Costa Rica, Cuba, México e Peru têm Planos Nacionais de Alzheimer. Há proposta de Plano Nacional no Chile e na Venezuela. Argentina e Uruguai estão elaborando seus planejamentos. O Brasil, por sua vez, como se verá, tem 2 Portarias a respeito. O grande desafio, no entanto, é atingir a efetivação de tais políticas. [72]

No Mercosul, a ótica comercial faz com que temas relativos às políticas sociais se desenvolvam lentamente e subordinados à eliminação de barreiras e à circulação de produtos. No entanto, é possível afirmar existirem realizações em diferentes políticas públicas.[73] Em 2012, países do Mercosul criaram a primeira rede de investigação em biomedicina. O projeto durará três

---

[71] Os dados acima foram obtidos no site da Société Alzheimer Society. Leia-se: Dados da Société Alzheimer Society disponíveis em: http://www.alzheimer.ca/~/media/Files/national/Media-releases/asc_release_01152014_pre-budget_f.ashx acessado em 05.05.2014.

[72] Para maiores informações e acesso aos referidos Planos Nacionais, os autores recomendam seja feito contato direto com as associações de Alzheimer listadas no site da Alzheimer's Disease International, mais precisamente no endereço: http://www.alz.co.uk/associations acessado em 28.10.2014.

[73] QUEIROZ, Luísa Guimarães; GIOVANELLA, Ligia. Agência regional de saúde no Mercosul: arquitetura e temas. *Revista Panamericana de Salud Publica*. Washington, v.30, n.2, p. 182-188, agosto/2011, p. 188.

anos e aborda os aspectos biológicos, epidemiológicos e sociológicos de doenças degenerativas da região, dentre as quais está o Alzheimer. [74]

O Brasil é um país que está envelhecendo e necessitando se preparar com políticas públicas de atenção aos idosos. O crescimento populacional é acompanhado pela incidência significativa de casos de enfermidades crônico-degenerativas, como o Alzheimer. Os direitos do idoso aparecem garantidos por leis, porém não na prática. Ainda é precário o suporte dado aos idosos, com problemas de saúde e acometidos de demência.

Em média, 25% dos idosos presentes em entidades asilares brasileiras é composto por pessoas acometidas de demência. Necessário adotar estratégias para proteger seus interesses. Nesse particular, há quem difira o idoso dependente do idoso frágil, sendo a situação deste último ainda mais preocupante. O idoso dependente seria o que possui limitações para atividades básicas da vida diária, o idoso frágil o que não tem forças para reagir a situações de perigo, como as de violência física ou psicológica.[75]

A inclusão da mulher no mercado de trabalho, a redução de tamanho das residências e o ritmo do cotidiano das cidades contribuíram para que não se saiba quem cuidará do idoso. Pensa-se em institucionalizá-lo, numa instituição de longa permanência. Com isso, não se afastará a responsabilidade da família, cuja participação é de fundamental importância, ainda mais em se tratando de um idoso dependente (ou frágil). A situação é complexa, havendo grande *stress* familiar daqueles que cuidam do idoso, o que pode vir a ensejar a união da

---

[74] Para informações sobre a Rede de Investigação em Biomedicina, os autores sugerem se examine o site da Agência Fiocruz de Notícias. Recomenda-se a leitura no sítio: AGÊNCIA FIOCRUZ DE NOTÍCIAS disponível em: https://www.agencia.fiocruz.br/semin%C3%A1rio-fiocruz-aviesan-novos-caminhos-para-tratamento-de-alzheimer-parkinson-e-depress%C3%A3o acessado em 05.05.2014.

[75] BULLA, Leonia Capaverde; TSURUZONO, Eleni Raquel da Silva. Envelhecimento, família e políticas sociais. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p.103-112, jan./jun.2010, p. 108.

família para dar cabo do problema ou, ao revés, a desagregação familiar. Muitas vezes, opta-se pelo cuidador não familiar, solução cercada de alto custo. [76]

As instituições de longa permanência, normalmente, não têm estrutura física e operacional especializada para cuidar dos idosos com demência. São desprovidas da licença autorizadora do Ministério da Saúde para a prestação de serviços abalizados. Os cuidados prestados se dão de forma abnegada, com os recursos que possuem, sem auxílio metodológico e recursos humanos da gestão de saúde do Poder Público. Há o fato de que, conforme maior o estado de dependência/fragilidade do idoso, mais caros os gastos.

A Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº10.216/2011) é desrespeitada, em especial o seu art. 3º, de acordo com o qual é da responsabilidade do Estado o desenvolvimento de uma política de saúde mental, assistência e promoção de ações de saúde aos portadores de transtorno mental, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, isto é, instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde. A Lei de Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso também são desrespeitados, por conseguinte.

A discussão sobre a implantação de políticas públicas para idosos com demência e portadores de Alzheimer, em especial, ainda é residual. Sugere-se que o poder público brasileiro projete e construa centros geriátricos de saúde mental, com dois regimes: o de internato e o de centro-dia, a fim de se dar o tratamento adequado e especializado a essas pessoas, aí incluídas as que estão institucionalizados e as que ainda possuem vínculos familiares, plenos ou fragilizados. As entidades asilares poderiam melhorar o ambiente dos idosos

---

[76] BULLA, Leonia Capaverde; TSURUZONO, Eleni Raquel da Silva. Envelhecimento, família e políticas sociais. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p.103-112, jan./jun.2010, p. 106.

residentes, que teriam maior tranquilidade, sendo menor a sobrecarga de trabalho para os funcionários. Argumenta-se que é preciso buscar a maior intersetorialidade entre a assistência social e a saúde. As universidades brasileiras deveriam investir nos estudos deste segmento de idosos. [77]

Destaca-se a importância de serem destinados mais recursos humanos no trato da questão. Salienta-se a necessidade de empreender esforços na capacitação das equipes de saúde, que deverão passar a considerar aspectos relevantes como a história de vida do idoso em tratamento e o respeito à diferença. Mais espaços de reflexão sobre o problema são pensados. Além disso, como os diagnósticos das doenças neurodegenerativas costumam ser imprecisos e, dada a vantagem que adviria se houvesse um diagnóstico mais precoce da doença, acredita-se que é preciso um plano de ação voltado para a questão do diagnóstico. Este deverá considerar fatores como as singularidades do idoso, interpretando suas falas e avaliando a conduta dos familiares, identificando problemas e necessidades específicas. [78]

No Brasil, existem programas e serviços de atendimento ao idoso, porém é fato que, comumente, a demanda ultrapassa a possibilidade de oferta pelo poder público. O funcionamento das distintas modalidades de serviço requer a realização de gastos econômicos consideráveis, sendo necessário ainda que haja uma criteriosa avaliação prévia do caso antes da indicação do

---

[77] STUCCHI, Cláudio. A falta de políticas públicas para idosos com demência. Disponível em: http://www.previnerconsultoria.com.br/index.php/component/content/article/47-artigos-do-terceiro-setor/119-artigo-a-falta-de-politicas-publicas-para-os-idosos-institucionalizados-que-sofrem-com-demencia.html acessado em 01.05.2014, p. 2.

[78] BULLA, Leonia Capaverde; TSURUZONO, Eleni Raquel da Silva. Envelhecimento, família e políticas sociais. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p.103-112, jan./jun.2010, p. 108.

serviço, além da já citada imprescindibilidade de uma formação de recursos humanos profissionalmente mais preparados. [79]

Embora as doenças crônico-degenerativas afetem cada vez mais os idosos brasileiros, ainda não se tem uma resposta social à altura do problema. O que se pode notar são iniciativas isoladas. Em meio a estas, está o Programa de Assistência aos Portadores da Doença de Alzheimer (Portaria MS/GM nº 703, de 16 de abril de 2002), instituído no âmbito do Sistema Único de Saúde, devendo ser desenvolvido de forma articulada pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias de Saúde dos Estados, Distrito Federal e Municípios em cooperação com as redes estaduais de assistência e centros de referência em assistência à saúde do idoso. [80]

A Portaria MS/SAS nº 249/2002 aprovou as normas para cadastramento dos Centros de Referência em Assistência à Saúde do Idoso, determinando que o tratamento do Alzheimer devesse ser realizado conforme o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas publicados pela Secretaria de Assistência à Saúde. Este protocolo só veio a ser regulamentado em 2010, pela Portaria MS/SAS nº 491. Nele, consta o conceito geral de Alzheimer, critérios de diagnóstico, de inclusão e de exclusão, tratamento e mecanismos de regulação, controle e avaliação. [81]

---

[79] BULLA, Leonia Capaverde; TSURUZONO, Eleni Raquel da Silva. Envelhecimento, família e políticas sociais. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p.103-112, jan./jun.2010, p. 110.

[80] A Portaria MS/GM nº 703/2002 está disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 06.05.2014.

[81] A Portaria MS/SAS nº 491/2010 está disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 06.05.2014.

CONCLUSÕES FINAIS

Conclui-se que as políticas públicas, inclusive as de saúde, voltadas para o idoso, não se originaram da efetiva preocupação com o ser humano e de um sentimento de solidariedade social. Ao contrário, partiram de uma inquietação provocada da percepção de que, com o envelhecimento populacional mundial, adviriam relevantes impactos econômicos sobre setores como o sistema de saúde e a previdência social. Por esse motivo, a solução encontrada foi a de recolocar o idoso no mercado de trabalho, sob a bandeira do que se passou a chamar de envelhecimento "ativo", em detrimento de uma proposta focada no seu bem-estar e condições pessoais, objetivando um envelhecimento "saudável" e "digno". Afirma-se que o retorno ao trabalho, após a aposentadoria, seria uma "terapia", o que é uma falácia, por trás da qual consta a preocupação mercadológica.

A produtividade econômica e social dessas pessoas, particularmente daquelas que são vítimas do "envelhecimento do envelhecimento" se vê seriamente comprometida pela deterioração da saúde. Nesse momento, elas se tornam desinteressantes e até onerosas para a administração pública. Ao mesmo tempo, é possível atribuir a demora na adoção de medidas, na área de saúde para a terceira idade e, em especial, naquelas focadas em demência (como o mal de Alzheimer), ao desinteresse político eleitoral, por parte da administração pública e da representação legislativa.

As atuais políticas internacionais e nacionais de proteção social ao idoso se encaixam no pragmatismo individualista e ignoram o princípio da solidariedade. São políticas de exploração do segmento idoso. Com elas, o que se visa, em primeiro lugar, é a defesa do capital e, apenas, num segundo plano, a tutela dos interesses humanos. Insiste-se no conceito de envelhecimento

“ativo”, abandonando qualquer tentativa de trabalhar na chave do envelhecimento “digno”.

Sempre existiram idosos na população, mas só agora, quando numericamente passaram a representar um número expressivo de pessoas, lhes foi conferida atenção, dado o risco que passaram a significar para o desenvolvimento da economia mundial. A atenção voltada para a terceira idade é originária da consideração de que o envelhecimento populacional extremado desvia recursos financeiros e humanos para um setor que não oferece o retorno almejado em termos de produtividade econômica.

No primeiro plano internacional de ação sobre o envelhecimento (1982), já se concluiu no sentido da imprescindibilidade de reconhecimento do idoso como ator social, não desprezada a existência de necessidades e especificidades próprias. Acontece que, uma coisa é o discurso normativo internacional e outra bem distinta é aquilo que efetivamente vem sendo recepcionado na praxe da Administração Pública dos Estados, condicionados por interesses pragmáticos e imediatistas, que otimizam a alocação de recursos, fundamentalmente, para a promoção de interesses econômicos privados.

Nesse contexto, são extremamente preocupantes os dados que apontam para o flagrante crescimento do número de casos de doenças crônicas como o Alzheimer, entre os idosos. Trata-se de verdadeira epidemia, que atinge a população mundial (aí incluída a brasileira), sem que as organizações internacionais e os governos nacionais estejam preparados para resolvê-la. É premente a necessidade da adoção de políticas públicas concretas focadas na eficiência operacional e na dignidade do idoso. Esta, sem dúvida, é uma situação especial e que, por essa razão, demanda uma política pública específica, com diretrizes próprias para solucionar o problema.

Diante da incidência considerável do Alzheimer no Brasil, necessário adotar medidas, destinando recursos, para melhor organizar a assistência aos doentes, em todos os aspectos envolvidos. Assim sendo, a exemplo do que vem ocorrendo em outros países, considera-se que seria muito importante que o Brasil elaborasse um Plano Brasileiro de Combate ao Alzheimer, adequado às condições sociais, políticas, econômicas e culturais da sociedade brasileira. Para tanto, seria de fundamental relevância o apoio dos gestores federais, estaduais e municipais; da Associação Brasileira de Alzheimer (ABRAZ) e seus associados; das instituições privadas e públicas; da sociedade brasileira. Este plano teria por objetivos juntar forças para: reunir condições para um diagnóstico mais precoce; otimizar a saúde física, cognitiva e o bem-estar do doente; a proteção e o tratamento de doenças psíquicas concomitantes; a detecção e o tratamento de sintomas psicológicos e comportamentais; a prestação de informações e apoio a longo prazo para aqueles que prestam os cuidados. As grandes orientações desse plano seriam: o reforço da dimensão ética no apoio aos acometidos pela doença; o desenvolvimento de pesquisas médicas a seu respeito; a simplificação e a melhora do curso da doença para aquele que é por ela afetado e para a sua família, em todas as dimensões possíveis; a melhora das condições para um diagnóstico mais precoce da patologia.

Seria desejável também que o Mercosul acelerasse sua cooperação na luta contra esta patologia e empreendesse uma reação regional de combate ao Alzheimer e demências associadas. Indo além, considerando que o envelhecimento populacional é uma questão atual e global, tendo ficado evidenciado que, com o envelhecer aumenta e muito a incidência destas doenças, almeja-se que uma reação mundial efetiva para o problema ainda venha a ocorrer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Osvaldo Pereira de. Demência. *In: Prática psiquiátrica no hospital geral: interconsulta e emergência.* Org.: BOTEGA, Neury José. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BOURGEOIS, James A.; SEAMAN, Jeffrey S.; SERVIS, Mark E. *Delirium*, transtornos amnésticos e outros transtornos cognitivos. *In: Tratado de psiquiatria clínica.* Org.: HALES, Robert H.; YUDOFSKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. Traduzido por: André Campos Gross…[et al.]. 5a ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BULLA, Leonia Capaverde; TSURUZONO, Eleni Raquel da Silva. Envelhecimento, família e políticas sociais. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p.103-112, jan./jun.2010.

BUSSE, Ewald W.. O mito, história e ciência do envelhecimento. *In: Psiquiatria geriátrica.* Org.: BUSSE, Ewald W.; BLAZER, Dan G. Traduzido por Maria Cristina Monteiro Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Teresa. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. *In: Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Org.: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: Ipea, 2004.

Carta de São José sobre os direitos dos idosos da América Latina e do Caribe disponível em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/pdf/carta-de-sao-jose acessado em 06.05.2014.

Dados da Société Alzheimer Society disponíveis em: http://www.alzheimer.ca/~/media/Files/national/Media-releases/asc_release_01152014_pre-budget_f.ashx acessado em 05.05.2014.

DANTAS E SILVA, Ferlice; SOUZA, Ana Lúcia de. Diretrizes internacionais e políticas para idosos no Brasil: a ideologia do envelhecimento ativo. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v.14, n.1, p. 85-94, jan./jun.2010.

Declaração de Brasília disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_informes/11.pdf acessado em 06.05.2014.

Declaração de Paris disponível em: http://www.alzheimer-europe.org/ acessado em 06.05.2014.

GELLER, Lisa N.; REICHEL, William. A doença de Alzheimer: aspectos biológicos. *In: Assistência ao idoso*: aspectos clínicos do envelhecimento. Org.: GALLO, Joseph J.; BUSBY-WHITEHEAD, Jan; RABINS, Peter V; SILLIMAN, Rebecca A.; MURPHY, John B. Traduzido por Carlos Alberto Gomes da Silva Junior ...[et al.]. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2001.

JACOB FILHO, Wilson; CHIBA, Toshio. Atendimento Multidisciplinar. *In: Geriatria*: fundamentos, clínica e terapêutica. Org.: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PALALÉO NETTO, Matheus. São Paulo: Atheneu, 2000.

Leis, políticas e portarias do site SISAP IDOSO (Sistema de Indicadores de Saúde e Acompanhamento de Políticas do Idoso) disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 05.05.2014.

Notícias Alzheimer's Association disponíveis em: http://www.alz.org/news_and_events_alzheimers_accountability_act.asp acessado em 05.05.2014.

Notícias Alzheimer's Disease International disponíveis em: http://www.alz.co.uk/news/national-dementia-plan-confirmed-for-peru acessado em 07.05.2014.

Notícias Alzheimer Portugal disponíveis em: http://alzheimerportugal.org/pt/news_text-77-1-142-plano-nacional-para-as-demencias-em-2014 acessado em 05.05.2014.

Notícias sobre a Rede de Investigação em Biomedicina constituída pelos países do Mercosul disponíveis em: http://www.agencia.fiocruz.br/pa%C3%ADses-do-mercosul-criam-rede-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-em-biomedicina acessado em 05.05.2014.

Plano de Ação da Organização Pan-Americana de Saúde 2009-2018 disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 06.05.2014.

Plano Finlandês Nacional da Memória (2012-2020) disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/finland acessado em 29.10.2014.

Plano Francês de luta contra o Alzheimer (2008-2012) disponível em: http://www.sante.gouv.fr/le-plan-alzheimer-2008-2012,972.html acessado em 07.05.2014.

Plano Nacional de Alzheimer da Escócia disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/scotland acessado em 29.10.2014.

Plano Nacional de Alzheimer da Irlanda do Norte disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/northern-ireland acessado em 29.10.14.

Plano Nacional de Alzheimer do País de Gales disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/wales acessado em 29.10.2014.

Plano Nacional de Demência da Noruega disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/norway acessado em 29.10.2014.

Plano Nacional de Demência da Suíça disponível em: http://www.alz.co.uk/plans/switzerland acessado em 29.10.14.

Portaria MS/SAS nº 491/2010 disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 06.05.2014.

Programa de Assistência aos Portadores da Doença de Alzheimer (Portaria MS/GM nº 703, de 16 de abril de 2002) disponível em: http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/index.php?pag=polit acessado em 06.05.2014.

QUEIROZ, Luísa Guimarães; GIOVANELLA, Ligia. Agência regional de saúde no Mercosul: arquitetura e temas. *Revista Panamericana de Salud Publica*. Washington, v.30, n.2, p. 182-188, agosto/2011.

Relatório Dementia: a public health priority disponível em: http://www.alz.co.uk/WHO-dementia-report acessado em 05.05.2014.

Relatório Parlamento Europeu A7-0366/2010 disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0366+0+DOC+XML+V0//PT acessado em 06.05.2014.

Resolução Parlamento Europeu de 19.01.2011 (texto P7-TA (2011)0016) disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0366+0+DOC+XML+V0//PT acessado em 06.05.2014.

SCHOUERI JUNIOR, Roberto; RAMOS, Luiz Roberto; PAPALÉO NETTO, Matheus. Crescimento populacional: aspectos demográficos e sociais. *In: Geriatria*: fundamentos, clínica e terapêutica. Org.: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PALALÉO NETTO, Matheus. São Paulo: Atheneu, 2000.

Simetrias e assimetrias entre os planos nacionais de luta contra o mal de Alzheimer disponível em: www.maldealzheimer.wordpress.com/2012/-centreforhealthybrainageing.com acessado em 07.05.2014.

Sítio da Agência Fiocruz de Notícias disponível em: https://www.agencia.fiocruz.br/semin%C3%A1rio-fiocruz-aviesan-novos-caminhos-para-tratamento-de-alzheimer-parkinson-e-depress%C3%A3o acessado em 05.05.2014.

Site Alzheimer's Disease International disponível em: http://www.alz.co.uk/alzheimer-plans acessado em 29.10.2014.

Site Alzheimer Europe disponível em: http://www.alzheimer-europe.org/ acessado em 05.05.2014.

Site Corporación Profesional Alzheimer y otras demencias (COPRAD) disponível em: http://neurologiacognitiva.cl/coprad/plan-nacional/ acessado em 05.05.2014.

Site Georgetown University disponível em: http://pdba.georgetown.edu/constitutions/constudies.html acessado em 05.05.2014.

Site GEP PORTUGAL (Gabinete de Estratégia e Planejamento de Portugal): http://www.gep.msess.gov.pt/seminarios/direitos_humanos/onu_mippa.pdf acessado em 06.05.2014.

Site Governo do Reino Unido disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/living-well-with-dementia-a-national-dementia-strategy acessado em 29.10.2014.

Site Instituto Italo-Latino Americano disponível em: http://www.iila.org/index.php?lang=es acessado em 05.05.2014.

Site Ministério da Família, Integração e Grande Região do Grande Ducado de Luxemburgo em: http://www.mfi.public.lu/actualites/2013/05/PresentationPlanActionNationalMaladiesDementielles/index.html acessado em 29.10.2014.

Site Ministério Dinamarquês das Crianças, Igualdade de Gênero, Integração e Assuntos Sociais, disponíveis em: http://sm.dk/en/responsibilites/social-affairs/eldercare acessados em 29.10.2014.

Site Ministério da Saúde, Bem-Estar e Desporto do Reino dos Países Baixos em: http://www.government.nl/ministries/vws/documents-and-publications?form-information-type=parliamentary-documents#ref-minvws acessado em 29.10.2014.

Site Revista Argentina Alzheimer y otros trastornos cognitivos disponível em: www.alzheimer.org.ar/revista15.pdf acessado em 05.05.2014.

Site Revista Chilena de Salud Publica disponível em: http://pt.scribd.com/doc/144665136/Revista-Chilena-de-Salud-Publica-Vol-17-No-1-2013 acessado em 06.05.2014.

Sítio Web do Parlamento Europeu http://www.europarl.europa.eu/ acessado em 06.05.2014.

SCHOUERI JUNIOR, Roberto; RAMOS, Luiz Roberto; PAPALÉO NETTO, Matheus. Crescimento populacional: aspectos demográficos e sociais. *In: Geriatria*: fundamentos, clínica e terapêutica. Org.: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PALALÉO NETTO, Matheus. São Paulo: Atheneu, 2000.

STUCCHI, Cláudio. A falta de políticas públicas para idosos com demência. Disponível em: http://www.previnerconsultoria.com.br/index.php/component/content/article/47-

artigos-do-terceiro-setor/119-artigo-a-falta-de-politicas-publicas-para-os-idosos-institucionalizados-que-sofrem-com-demencia.html acessado em 01.05.2014.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES COM OBJETO DIFUSO: UMA TEORIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E DA PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodrigo Coimbra[82]

RESUMO: O presente artigo propõe o estudo dos direitos e deveres trabalhistas com objeto difuso a partir da Constituição e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mediante a aplicação do Direito objetivo, de modo a valorizar preponderantemente o ponto de vista da sociedade na sua totalidade. Pensar a problemática dos direitos difusos a partir da aplicação do Direito objetivo é uma forma de superar o individualismo que marca a cultura jurídica desde o direito romano e atrapalha a compreensão desse fenômeno tão importante. Essa perspectiva não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, a fim de dar mais efetividade a essa classe de direitos. Como método científico de abordagem do assunto é utilizado o método dedutivo, partindo de princípios gerais para chegar a conclusões particulares.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais. Deveres fundamentais. Direitos com objeto difuso. Perspectiva objetiva. Direito objetivo.

ABSTRACT: This paper proposes the study of rights and duties with diffuse object from the objective perspective of the Constitution and fundamental rights,

---

[82] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Especialização e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS. Advogado. E-mail: rodrigo.coimbra@terra.com.br

by applying the objective law, mainly to enhance the view of society as a whole. Think the problem of diffuse rights from the application of the law is an objective way to overcome the individualism that marks the legal culture since the Roman law and hinders the understanding of this phenomenon as significant. This perspective does not ignore that people are the ultimate law, the other hand, presents a method that dispenses with the notion of subjective rights in order to give more effectiveness to that class of rights. As a scientific method of approach to the subject deductive method, starting from general principles to reach specific conclusions.

KEYWORDS: Fundamental rights. Fundamental Duties. Rights diffuse object. Perspective objective. objective law.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio apresenta proposta para conferir maior efetividade aos direitos e deveres com objeto difuso, a partir da aplicação do Direito objetivo e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A pesquisa se justifica em face da importância dos direitos e deveres com objeto difuso na sociedade atual e propõe um método que prescinde da noção de direito subjetivo para a sua concretização.

O objetivo geral é demonstrar que a baixa efetividade dos direitos e deveres com objeto difuso se deve a utilização do modelo dos direitos individuais, centrado na noção de direito subjetivo, para os direitos com objeto difuso. Dentre os objetivos específicos destaca-se a análise da denominação do fenômeno a partir da doutrina de Pontes de Miranda, acerca do objeto do Direito. Não é objetivo do presente trabalho abordar os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

O problema de estudo investigado é se a noção de direito subjetivo, nuclear para os direitos individuais (homogêneos ou não), se aplica ou não aos direitos e deveres com objeto difuso?

A hipótese defendida é de que aos direitos com objeto difuso não se deve utilizar da noção de direito subjetivo, auferindo sua concretização a partir da aplicação e por vezes criação do Direito objetivo.

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em três partes, iniciando pela localização da noção de direito subjetivo, passando pela delimitação e denominação do fenômeno dos direitos com objeto difuso, chegando a sua aplicação mediante a aplicação do Direito objetivo, alinhada a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método dedutivo, partindo de princípios gerais para chegar a conclusões particulares. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.

1 LOCALIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO

A noção de direito subjetivo, que passa a ser, na época do modelo de Estado Liberal, uma das mais altas expressões da autonomia dos sujeitos, com um casamento perfeito com o individualismo[83], é uma fundamental categoria jurídica para a construção e a sedimentação tanto do direito privado como do direito processual, com raízes importantes na Idade Média.

---

[83] Conforme Irti, nessa época, “o valor originário e fundamental é constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso”. Em torno do indivíduo são construídas todas as relações sociais (IRTI, Natalino. **L’età della decodificazioni**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21).

Segundo Villey,[84] "a pré-história da idéia de direito subjetivo" surge com Ockam[85] (1285-1347), provavelmente, o primeiro a edificar teoria sobre o direito subjetivo, por ocasião da querela que surge entre a congregação dos franciscanos e o papado na Idade Média. Os franciscanos têm como regra o voto de pobreza, porém, como sua ordem religiosa se estende rapidamente e muitos de seus seguidores são possuidores de bens importantes, o Papa João XXII teme que essa ordem religiosa fique sem os bens de seus seguidores. Diante disso, o Papa João XXII, baseado na opinião de ilustres especialistas em direito canônico e romano da época, habilmente, cria uma solução para o conflito: as propriedades dos franciscanos permanecem na disposição da congregação (usufruto - *ius utendi* e *ius fruendi*), mas o domínio de tais bens pertence à Santa Sé. Então, o monge franciscano Ockam intervém na discussão a favor dos franciscanos, sustentando que o direito (*ius*) não é o bem de que desfrutamos, mas o poder que se tem sobre esse bem.[86]

---

[84] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 261-288.

[85] Ockam, também grafado Ockham, é considerado nominalista, juntamente com Duns Scotus (1266-1308), entre outros. A corrente nominalista, em síntese, "opõe-se aos realistas na questão dos universais. Para o nominalismo, os universais (os *termos universais*, aquilo que a gramática normativa designava por substantivos comuns e alguns casos são abstratos) são conceitos, mas não têm uma existência real. São de uma existência nominal, como instrumentos do pensamento" (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história.** São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 165).

[86] Marchettoni, criticando Villey, diz que não é correto sustentar que Ockam foi individualista no seu pensamento político e muito menos em relação a sua teoria de direito subjetivo. O autor sustenta, em síntese, que a teoria ockaniana do direito não é individualista, mas comunitária, visto que, para Ockam, a ênfase na liberdade individual nunca é separada do sentido de comunidade (MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivvi. *In:* **Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, em especial, p. 64, jan.2008); Lopes diz que Ockam é individualista, no entanto ele se refere a comunidades, esclarecendo que toda sua metafísica e seu universo jurídico são dos indivíduos e coisas singulares (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 172).

É a primeira separação da expressão direito, segundo Villey[87], pois, até então, tem-se presente o significado original e unívoco de "ius" formulado pelos jurisconsultos romanos Ulpiano e Paulo, que, em comum, concebem o direito como a arte do justo e do bom, tomando-se por base a natureza das coisas.[88] Em outras palavras, a palavra "ius" está conectada a "iustitia", que indica conformidade com o direito, tanto no sentido objetivo como no subjetivo.[89] Nesse ponto, Marchettoni[90] concorda com Villey, no sentido de que, no direito romano, a noção de direito subjetivo é ignorada.

A partir dessa concepção, o direito deixa de ser um "bem", para se tornar o "poder que se tem sobre os bens", ou o "poder de impô-lo à observância dos demais". Villey [91] considera isso uma autêntica revolução copernicana verificada na ciência jurídica. Nesse sentido, são esclarecedoras as passagens abaixo proferidas por Ovídio Baptista:[92]

> [...] Subjetiva-se, portanto, o conceito, ao mesmo tempo em que se elimina dele qualquer relação com a moral, posto que, agora,

---

87 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 266; "Forse, così, è anticipata la teoria moderna della soggetivazione del diritto oggetivo", conforme SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *In:* **Enciclopedia del diritto**. Milano: Guiffrè, 1964, v. XII, p. 672.

88 Para Ulpiano "*ius*" significa: "[...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequm*". E para Paulo: "[...] *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*". Essas definições contêm em comum o "*iustum et aequm*". "Di *ius* si era consolidato il significato oggetivo, sicché equivaleva a *iussum* ed era quase sinônimo di *lex*, ma tavolta, se riferito a una persona privata, esprimera il *suum* di questa". [...] "A *ius* si connete *iustitia*, parola indicante talora la conformità al *ius* in senso tanto oggettivo che sogettivo", conforme SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *In:* ***Enciclopedia del diritto***. Milano: Guiffrè, 1964, v. XII, p. 670.

89 "A *ius* si connete *iustitia*, parola indicante talora la conformità al *ius* in senso tanto oggettivo che sogettivo", conforme SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *In:* **Enciclopedia del diritto**. Milano: Guiffrè, 1964, v. XII, p. 670.

90 MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivvi. *In:* **Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno.** Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, em especial, p. 21-22, jan.2008.

91 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 266.

92 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 120-121.

> a questão do merecimento *formaliza-se*, passando a decorrer necessariamente da lei, enquanto norma estatal. [...] Vê-se da concepção do padre franciscano como a *relação entre sujeito e o respectivo bem* que lhe é atribuído pela norma deixa de ter relevância conceitual, para priorizar-se o *poder* de impor aos demais a observância do próprio direito, ou, como ele diz 'o poder de apropriar-se' dos bens que lhe sejam concedidos. [...]
> [...] São perfeitamente visíveis, na filosofia do monge franciscano do século XIV, as raízes do voluntarismo, que depois dominou a filosofia do século XVII [...]. (Grifos do autor)

A ideia de direito associada a poder, e não ao justo, surgida no século XIV, com Ockam, tem importantes reflexos nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente, a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tem por preocupação doutrinal o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo.[93]

Assim, a noção de direito subjetivo tem assentamento no jusnaturalismo em atenção à consideração do Direito em função do indivíduo. A experiência cultural do Renascimento produz um pensamento filosófico de caráter individualista que valoriza a liberdade humana. Trata-se de uma exigência do jusnaturalismo, a fim de garantir as prerrogativas fundamentais do homem em confronto com os poderes do soberano. Nesse contexto, o direito subjetivo ganha o centro do sistema jurídico como expressão da livre personalidade humana e sua personalidade em face da vontade do soberano.[94]

Nesse quadro, Savigny[95], na linha voluntarista da sua época (1779-1861), diz:

---

[93] RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia uma Teoría Procesal del Derecho.** Barcelona: Bosch, 2004, p. 39.

[94] GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS**. n. 1. Porto Alegre: FMP, 2007, p. 34-72, p. 42.

[95] SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La ciência del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 29. Nessa mesma linha, Savigny já havia escrito em outra obra:

> Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimento. Denominamos este poder *un* derecho de esta persona, en el sentido de faculdade. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo.

Esse trecho da obra de Savigny evidencia noções importantes sobre a sua concepção de direito subjetivo: a) o direito subjetivo é um poder; b) o direito subjetivo é um poder do indivíduo; c) o direito subjetivo é um poder da vontade do indivíduo. Essa concepção é seguida e consagrada por Windscheid, conforme será tratado a seguir.

Esclarece Wieacker[96] que a definição de Savigny de direito subjetivo está fundamentada no conceito kantiano[97] do Direito como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros e na autonomia daí decorrente: a existência autônoma do Direito, que não deve forçar a eticidade autônoma da pessoa, mas, antes, deve possibilitá-la.

A definição de Savigny demonstra, com rara clareza, a histórica vinculação do direito subjetivo ao individualismo e ao voluntarismo (vontade individual), características fundamentais para a problematização levantada no presente trabalho.

"Considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestros ser, nos aparece como un poder del individuo. Em los limites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros 'derecho', y algunos derecho en su sentido subjetivo" (SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual.** 2.ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. *[s.d.]*, v. 1, p. 5).

[96] WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 440 e 453.

[97] Para Kant (1724-1804), "o direito estrito se apóia no princípio de lhe ser possível usar constrangimento externo capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com as leis universais. [...] "Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa" (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 78).

Bodin de Moraes[98] diz que a imponente elaboração de Savigny se dá, fundamentalmente, através do conceito de "direito subjetivo *individual*" (grifou-se), isto é: "do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha". Segundo essa concepção, prossegue a autora[99], "os direitos subjetivos delimitavam os amplos domínios reservados à autonomia privada, garantindo assim a liberdade individual por meio de autorizações subjetivas, provenientes, exclusivamente, do próprio poder da vontade do indivíduo".

Destaca Ovídio Baptista[100] que o direito subjetivo, nessa época, "deve ser entendido como poder da vontade *exercido contra alguém individualmente*, já que seria impensável a existência de um direito subjetivo, assim definido, pressupondo a supremacia de vontade do respectivo titular, exercido contra a comunidade jurídica inteira".

Windscheid (1817-1892), maior representante da teoria voluntarista[101] e da escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectística alemã[102],

---

[98] MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 15, p. 95-113, em especial, p. 103, ago.-dez. 1999.

[99] MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 15, p. 95-113, em especial, p. 103, ago.-dez. 1999.

[100] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 120-121.

[101] Para Windscheid, "a tarefa do direito privado é traçar os limites dos campos de vontade dos indivíduos que vivem em comum, de definir em que medida a vontade de cada indivíduo deve ser decisiva para os indivíduos com os quais se enfrenta. Esta finalidade o ordenamento jurídico privado alcança por meio de proposições jurídicas imperativas e proibitivas" (Tradução de livre de WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette.** Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 80).

[102] Da pandectista resultou uma suma do direito privado (como antes nos grandes comentários do jurista Ulpiano ou da *Glossa Ordinária*), cuja fama geral levou até os países mais distantes a influência e a vigência da pandectista. Na Alemanha, a obra de Windscheid levou ao seu chamamento à primeira comissão para o Código Civil (BGB), onde teve uma influência dominante, conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 510.

define o direito em sentido subjetivo (direito subjetivo) como faculdade, que se manifesta em duplo sentido, como se constata a seguir.

a) O ordenamento jurídico (direito em sentido objetivo – Direito objetivo[103]) estabelece certas condutas (ação ou omissão) e deixa à livre disposição (autonomia da vontade) de aquele em cujo benefício foi emitido o preceito (titular do direito) fazer valer ou não (faculdade) o Direito objetivo preceituado. A vontade do titular do direito é decisória para a efetividade do mandado emitido pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico desprende-se do mandado por ele emitido em favor do titular, transformando seu próprio mandado em mandado do titular do direito. O “direito” (objetivo) transforma-se em “seu direito” (subjetivo).[104] É o que se passa a classificar como direitos subjetivos a uma prestação ou direitos subjetivos prestacionais.

b) O ordenamento jurídico atribui ao facultado a autonomia da vontade (vontade decisória) não para a realização, mas para a formação (existência) de direitos estabelecidos pelo próprio Direito objetivo.[105] Trata-se, segundo o autor, de outro significado da palavra direito (subjetivo). É o que se passa a classificar como direitos subjetivos potestativos ou formativos[106].

---

[103] Opta-se, neste trabalho, pelo emprego das expressões “Direito objetivo” e “direito subjetivo”. Todavia, nas transcrições de autores serão observadas as terminologias por eles utilizadas.

[104] WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette.** Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 169-170.

[105] WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette**. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 170.

[106] Por volta de 1896, Zitelmann, havia, pela primeira vez na doutrina, mencionado uma categoria especial de direitos, que denominou de direitos potestativos. Segundo Zitelmann, na teoria geral, os direitos subjetivos se classificariam em duas categorias fundamentais: os direitos aos quais corresponde uma prestação, que se exercem e cumprem-se mediante uma prestação da outra parte; e direitos que se exercitam independentemente de qualquer prestação da parte contrária, do sujeito passivo da relação jurídica (LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo.** Rio Janeiro: Forense, 2008, p. 220-221).

Conclui Windscheid[107] que ambas as espécies de direito subjetivo compreendem a sua famosa definição, que consagra a chamada teoria da vontade: o direito (subjetivo) é um poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica. Nas edições posteriores da sua obra, em resposta a objeções que sofre, notadamente de Jhering, Windscheid[108] esclarece que a "vontade" é do ordenamento jurídico, não do titular do direito.

Jhering (1818-1892)[109], mediante ampla argumentação contestando a "teoria da vontade" do contemporâneo Windscheid, sustenta que o direito (subjetivo) não é o adorno, o objeto da vontade, mas sua condição: "os direitos não são o fim da vontade, ainda que lhe sirvam de meio". Se a vontade fosse o objeto do direito, como teriam direito as pessoas sem vontade, como os incapazes, questiona o autor, sustentando que os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida, ajudar a satisfazer as suas necessidades e realizar seus fins. Para o autor, a utilidade (não a vontade) é a substância do direito (elemento substancial) que deve ser somada ao meio para esse fim, que é a proteção do Direito objetivo por meio da possibilidade de ajuizamento de ação judicial em caso de violação do

---

[107] "Diritto è una podestà o signoria della voluntà impartita dall'ordine giuridico" (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette.** Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 170).

[108] "Volontà dello Stato", conforme SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *In:* **Enciclopedia del diritto**. Milano: Guiffrè, 1964, v. XII, p. 685. Ovídio Baptista, a partir da assimilação do conceito de direito subjetivo como poder da vontade conferido, consagrado por Windscheid, diz que "a relação jurídica deverá, necessariamente, traduzir-se numa relação obrigacional entre sujeitos de direito, nunca numa relação do titular do direito com a coisa que lhe pertence", provocando "uma profunda inversão conceitual, se compararmos a visão moderna com a concepção clássica do fenômeno jurídico": o direito, em seu sentido original, não se confundia, absolutamente, com a lei, e, menos ainda, como hoje passou-se a concebê-lo, com o *poder* que o titular terá para impor sua vontade contra outrem. Essa concepção moderna de direito, como direito subjetivo, corresponde a uma autêntica "revolução copernicana", como a provocada por Kant, na mesma linha da revolução operada por ele na filosofia moderna (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica***.* 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 117-118).

[109] JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano***.* 2.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962, p. 443 e 445.

direito (elemento formal). A partir daí, Jhering expõe seu conceito clássico de direito subjetivo, consagrando a chamada teoria do interesse: "os direitos são interesses juridicamente protegidos".

Jellinek (1851-1911)[110], visando a traçar seu conceito de direito subjetivo público, acaba consagrando a chamada "teoria mista", que combina o poder de vontade com a finalidade de proteger os interesses dos indivíduos. Para o autor, o direito subjetivo (subjetividade jurídica) se expressa por meio do reconhecimento, pelo Estado, da posição do indivíduo como pessoa, como membro do Estado e dotado de direitos individuais perante a esfera pública, pois essa concessão do Estado possibilita ao indivíduo (poder de vontade) colocar em movimento o sistema jurídico para realizar um interesse, mediante o reconhecimento do ordenamento jurídico (Direito objetivo). Para essa concepção, o direito subjetivo é, portanto, um poder da vontade humana que recai sobre um bem ou um interesse e que o ordenamento jurídico reconhece e protege.

Em suma, essas são as três teorias mais difundidas a respeito da definição do direito subjetivo e sua relação com o Direito objetivo. Existem várias teorias sobre o direito subjetivo e, no presente trabalho, opta-se pelo estudo da chamada pré-história do direito subjetivo (Ockam) e das teorias clássicas de Windscheid, Jhering e Jellinek, além de mais duas que se elegem como relevantes, como as de Kelsen e de Pontes de Miranda.

Kelsen[111] (1881-1973), contestando detalhadamente as três teorias mais tradicionais sobre direito subjetivo (teoria da vontade, de Windscheid; teoria

---

[110] JELLINEK, Georg. **La dottrina generale del diritto dello Stato**. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949, p. 23 e 30.

[111] KELSEN, Hans. **Problemas Capitales de la Teoria Jurídica del Estado***:* desarrolados con base em la doctrina de la proposición jurídica. México: Porruá, 1987, p. 493-578 (Tradução de da segunda edição em alemão, de 1923), combinado com KELSEN, Hans. **Teoria geral do**

do interesse, de Jhering; teoria mista, de Jellinek), inova ao romper com a noção da doutrina do Direito Natural segundo a qual o direito "subjetivo" e o dever possuem existências independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que, para essa doutrina, as normas jurídicas se limitam a proteger ou garantir direitos subjetivos considerados lógica e temporalmente anteriores ao Direito objetivo[112].

Kelsen[113] altera a relação de precedência de direito (subjetivo)→dever para dever→direito (subjetivo), a partir da concepção de que a base de tudo é o Direito objetivo (a norma), salientando, todavia, que "um direito é mais do que o correlativo de um dever". De acordo com a teoria Kelseniana, o direito subjetivo é o poder jurídico eventualmente (não necessariamente[114]) concedido pelo Direito objetivo, mediante uma ação, para que o Estado (por meio do poder judiciário) aplique a sanção (determinada pelo próprio Direito objetivo) àquele que não cumpriu um determinado dever imposto pela norma[115]:

Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 82-83 (publicada originalmente com título: *General Theory of Law and State*, em 1945*)*.

[112] "No começo, existiam apenas direitos subjetivos – em especial o protótipo de todos os direitos, o direito a propriedade (obtida por ocupação) – e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. Esta idéia é desenvolvida com mais clareza na teoria da Escola Histórica, que foi decisivamente influenciada, não apenas pelo positivismo jurídico do último século, mas também pela jurisprudência moderna dos países de língua inglesa" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas***.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 82-83).

[113] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas***.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 175, combinado com KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 81-82.

[114] Para Kelsen, a essência do Direito está em impor condutas determinadas, por meio do estabelecimento de deveres. O estabelecimento de direitos no sentido subjetivo é uma opção do Direito objetivo. Nesse contexto: a) podem existir deveres sem direitos "subjetivos", mas não pode haver direitos "subjetivos" sem deveres dos outros; b) a previsão de direitos subjetivos "é uma função possível, não uma função necessária de um ordenamento jurídico positivo" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas***.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 175).

[115] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas***.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 174-175. Segundo Mario Losano, recorrendo à concepção de dever

> O Direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um 'Direito' no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo pode, por sua vez, – no âmbito de uma ordem jurídica – ter uma significação especificamente técnica. O 'Direito' de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é *seu* Direito.[116] (Grifos do autor)

No Brasil, destaca-se o posicionamento de Pontes de Miranda (1892-1979)[117], o qual, depois de advertir que o direito subjetivo é uma abstração à que sutilmente se chega após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos, sustenta que a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos, assim, o suporte fático torna-se fato jurídico: "o que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa o lado desse alguém, que é o titular dele". O autor prescreve não ser possível se conceber o direito subjetivo, quer histórica, quer logicamente, sem o Direito objetivo, de modo que, incidindo a regra jurídica, o direito subjetivo é "o que resulta do lado positivo da incidência", portanto, "há nele um pode",

---

jurídico, Kelsen abandona a concepção de direito subjetivo herdada da doutrina romanista e considera-o fundamento da pretensão jurídica, excluindo toda consideração psico-sociológica (LOSANO, Mario G. ***Teoría pura del Derecho***: evolución y puntos cruciales. Bogotá: Editorial Temis, 1992, p. 25).

[116] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 174. Em outra obra, o autor trata o "direito subjetivo" como sinônimo de "pretensão", traduzido na exigência da conduta devida (dever), quando tal dever não esteja sendo cumprido tal como determinado pelo direito objetivo (norma), em **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 142.

[117] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 231-233.

esclarecendo, todavia, que o direito subjetivo não é uma faculdade, "contém a faculdade". Em suma, para Pontes de Miranda, direito subjetivo "é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fáctico".[118]

Para Pontes de Miranda, o direito subjetivo é todo direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, "conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não".[119] Essa projeção própria é a "individualização" da posição jurídica, o reconhecimento de que "alguém, a quem o direito objetivo atribui ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo, e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou".[120] (Grifos do autor)

Em face da contextualização e das teorias do direito subjetivo acima expostas, procura-se demonstrar que o arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais, por muito tempo hegemônico, está ligado, substancialmente, ao individualismo, ao voluntarismo, ao patrimonialismo e à concepção de direito subjetivo da época, salientando que, embora as teorias clássicas de direitos subjetivos sejam diferentes - e tais diferenças sejam importantes -, todas são pensadas tendo em vista apenas a tutela de direitos aos indivíduos (no máximo, para pessoas jurídicas[121]).

O arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais é um dos principais óbices para a aceitação e a adequada tutela (material e processual)

---

[118] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 226. Alexy refere-se ao direito subjetivo como "posição jurídica" e propõe a divisão e a pluralidade dos direitos subjetivos (direito a algo, liberdades; competências), conforme ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 177-178.

[119] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 5-6.

[120] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 10.

[121] WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette**. Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902, p. 209-212.

dos direitos transindividuais, que provocaram e continuam provocando uma profunda transformação, a qual precisa acompanhar a tendência evolutiva do mundo contemporâneo e dar respostas mais efetivas à sociedade.

2 DELIMITAÇÃO E DENOMINAÇÃO DO FENÔMENO DOS DIREITOS COM OBJETO DIFUSO

É importante sublinhar que as diferenças conceituais entre os direitos individuais homogêneos e os direitos transindividuais – direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos – repercutem em um necessário tratamento diferenciado.

Impõe-se esse tratamento bifurcado, pois, de um lado, em se tratando de direitos individuais homogêneos, tem-se, em verdade, um feixe de direitos individuais, reunidos de forma coletiva para fins processuais (tutela coletiva de direitos, na expressão de Zavascki[122]), de modo que cada indivíduo é titular de um direito subjetivo, que pode ser perseguido de forma individual ou coletiva, tendo o ordenamento jurídico viabilizado a tutela coletiva apenas para permitir tratamento uniforme das pretensões e para diminuir o número de ações individuais sobre a mesma matéria. Os direitos individuais (homogêneos ou não) são pensados sob a luz da perspectiva subjetiva.

De outro lado, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos (tutela de direitos coletivos, na expressão de Zavascki[123]) têm por titular uma coletividade e possuem objeto que transcende os indivíduos, não sendo passíveis de apropriação individual. Nesse sentido, o Supremo Tribunal

---

[122] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 145.
[123] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

Federal[124] pronunciou que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado tem "titularidade coletiva e caráter transindividual", sendo atribuído "não ao indíviduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido mais abrangente, à própria coletividade social".

Entende-se que a melhor denominação para o fenômeno dos "chamados direitos difusos" é "direito com objeto difuso"[125], pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que pode ser difuso, entre outras classificações.

De acordo com Pontes de Miranda[126], o objeto de direito "é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fáctico de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito", esclarecendo o autor que objeto do direito é "o que *pode* ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito". ("destaque do original").

Na classe difusa, os objetos do direito podem ser: o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; a moralidade administrativa; o meio ambiente; o patrimônio histórico e cultural; as relações de consumo; as relações de trabalho; bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística, entre outros.

---

[124] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI n. 3.540-1/DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ 01/09/2005.

[125] Não obstante entenda-se que "direito com objeto difuso" é a expressão mais adequada para o fenômeno, também se utiliza no presente trabalho a expressão "direito difuso" por ser a mais usada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

[126] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9 e 16.

Adverte Pontes de Miranda[127] ser “da máxima relevância evitar-se confusão entre objeto dos atos jurídicos (e até dos fatos jurídicos *stricto sensu*) e objeto de direito”. Exemplifica, o autor, que o objeto do negócio jurídico bilateral de compra e venda não é a coisa, mas a prestação prometida (a promessa).

O objeto do direito pode ser considerado no presente, no passado e no futuro. Segundo a lição pontiana, o objeto de direito “ou é considerado *no futuro,* como bem da vida que pode ser atingido pela eficácia jurídica, ou *no presente* e *no passado*, como bem da vida que foi ou está sendo atingido pela eficácia jurídica”.[128] Essa observação é importante para os direitos com objeto difuso, pois muito se fala nas futuras gerações no que tange ao direito ao meio ambiente, por exemplo.

Nesse particular, observa Tesheiner[129] que “as gerações futuras guiar-se-ão por seus próprios critérios, independentemente do que dizemos agora. Se vierem a respeitar nossos decretos de prescrição, será simplesmente por entenderem que essa é a melhor solução. Poderão ou não respeitar as decisões passadas, assim como nós, as de nossos antepassados”.

Nos direitos com objeto difuso, o objeto é considerado como um só, “de natureza indivisível”, segundo a legislação brasileira[130], gerando “a conseqüente comunhão de destinos dos respectivos titulares, de modo tal que a satisfação de um só implicaria, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão à inteira comunidade”, conforme destaca Barbosa

---

[127] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9.

[128] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 17.

[129] Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

[130] Conforme o conceito disposto no art. 81, I, da Lei 8.078/90. *In:* BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília. *Lex:* Legislação Federal e Marginália.

Moreira. [131] Essa destinação “unitária” dos direitos com objeto difuso (indivisibilidade) é uma de suas características diferenciadas. A respeito dessa característica do objeto, averba Pontes de Miranda: “o objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária)”.[132]

Observe-se que só se pode falar em objeto de direito no plano da eficácia. Conforme destaca Pontes de Miranda[133], “no mundo jurídico, para os três planos não há a mesma sorte para os objetos, inclusive as coisas: no plano da existência jurídica, não há falar-se em objetos de direitos; nem no plano da validade; só no plano da eficácia, em que os direitos, as pretensões, as ações e as exceções se produzem, é que se pode falar em objetos de direito e, pois, em coisas”. Em outros termos, o meio ambiente ou o patrimônio histórico só é objeto de direito a partir do momento em que há direito, pretensões, ações ou exceções em relação a ele, o que se dá no plano da eficácia.

Observe-se que alguns direitos com objeto difuso são denominados pelo próprio ordenamento jurídico como “bens”, como ocorre na Lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), ao tutelar “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º, III).

De acordo com Pontes de Miranda, o conceito de “bem”, no Código Civil (ainda que o autor estivesse se referindo ao Código Civil de 1916, essa parte conceitual sobre os bens foi mantida pelo Código Civil de 2002), “é aproximativamente o de objeto de direito; mais amplo, pois, que o de coisa”.

---

[131] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. **Temas de direito processual**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

[132] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9.

[133] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 17. Sobre os planos do mundo jurídico, ver também MELLO, Marcos Bernardes de. ***Teoria do fato jurídico***: plano da existência. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 79-85.

Consoante a lição de Orlando Gomes[134], a noção jurídica de bem "compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são *materiais* ou não". Para o autor, o objeto dos direitos "são os bens e as prestações", portanto, os bens são um dos objetos de direito, sendo que "tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o objeto dos direitos".

Nesse quadro, tem-se importante a delimitação acima realizada e utilização da denominação da expressão "direitos com objeto difuso" como a mais apropriada para explicar o fenômeno.

3 APLICAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO E VALORIZAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso, como a do meio ambiente, por exemplo, não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos – noção que, nesse particular, apenas turva a clareza do pensamento –, podendo-se chegar à concretização pela aplicação do Direito objetivo.

Nesse sentido Tesheiner[135] afirma que "nas ações relativas aos chamados 'direitos difusos', o juiz aplica, e às vezes também cria Direito objetivo". O autor justifica arguindo que há extensões do Direito objetivo que não geram direitos subjetivos, como no caso dos interesses difusos, e

---

[134] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 199.

[135] TESHEINER, José Maria Rosa. Revista eletrônica sobre os chamados ?direitos difusos?. **Processos Coletivos**. Porto Alegre, v. 3, n. 4, out.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/724>. Acesso em: 24 out. 2012.

exemplifica: “não se precisa da idéia de ‘direito ao ar puro’, para explicar a proibição de poluir”.

Destacando a importância da realização do Direito objetivo, Pontes de Miranda[136] reafirma que “a finalidade preponderante, hoje, do processo é a realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos”. E o processo, segundo Pontes de Miranda[137], manifestará sua importância, justamente quando não houver a realização espontânea (automática) do Direito objetivo: “o processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo”.

Há criação ou aplicação do Direito objetivo – inexistindo direito subjetivo nesses casos –, quando o Judiciário, por exemplo: a) determina a um Município (Tubarão - SC) a elaboração, no prazo de um ano, de projeto executivo de sistema de esgoto sanitário e a implementação, em dois anos, de rede de esgotos que sirva a 50% da população, devendo chegar à cobertura total no prazo de cinco anos; b) determina que empresas de ônibus regularizem o serviço de quatro linhas de ônibus (no Rio de Janeiro); c) determina que hospital restabeleça atendimento (em Duque de Caxias – RJ); d) obriga fabricante (Unilever) a informar, nas embalagens dos produtos são que comercializados, dados essenciais, como prazo de validade e medidas a serem adotadas no caso de ingestão indevida, de forma que possibilite a fácil leitura e compreensão pelo consumidor; e) impede a cobrança de ponto de extra de TV

---

[136] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 1, p. 77. A importância da concretização do ordenamento jurídico objetivo também é destacada por Molinaro e Milhoranza: “Jurisdição, no seu núcleo duro, é o poder do Estado de dizer o direito, o direito, o direito que é, ademais de concretizar o ordenamento jurídico objetivo” (MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Processo e direitos fundamentais – brevíssimos apontamentos. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 127-145, em especial p. 139, jul.-set. 2012).

[137] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 1, p. 78.

por assinatura; f) mantém proibição de extração de areia nas margens do Rio Paraná.[138]

Os direitos difusos devem ser pensados mediante a aplicação do Direito objetivo e a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. A perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais possui "função autônoma" na concretização do Direito, mediante o "reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos", consoante explica Sarlet[139]: "cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais consagradores de direitos subjetivos".

No âmbito do direito ambiental – típico direito com objeto difuso –, Carla Amado Gomes[140] posiciona-se contrariamente ao reconhecimento subjetivo ao meio ambiente, sustentando que ele deve ser pensado sob uma perspectiva exclusivamente objetiva.

---

[138] Todos esses casos foram retirados de <http://www.processoscoletivos.net/ponto-e-contraponto>. Acesso em: 30 out. 2012.

[139] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 141, 147 e 228.

[140] "[...] entendemos ser o direito ao ambiente uma fórmula vazia de significado jurídico em virtude da impossibilidade de determinação de um conteúdo para tal posição jurídica, a construção baseia-se na 2ª parte do nº 1 do artigo 66º da CRP, que autonomiza o dever fundamental de protecção do ambiente, densificável a partir da definição de prestações concretas relativamente a bens naturais determinados. Esta nossa construção pressupõe, no entanto, a existência de deveres (de protecção do ambiente) *por causa* do exercício de direitos (de circulação, de propriedade, de investigação científica). Ou seja, sobretudo na presença de obrigações de *facere*, o raciocínio implica que o dever de protecção do ambiente — cuja configuração concreta depende da(s) actividade(s) desenvolvida(s) pelo sujeito —, emerja como contrapartida do exercício de determinados direitos. Não significa isto que o dever de protecção do ambiente seja correlativo de um direito com o mesmo objecto — já vimos que essa orientação é de rejeitar. Trata-se, isso sim, de verificar uma ligação incindível entre uma responsabilidade individual de uso racional de um bem de uso colectivo e a pretensão jurídica de levar a cabo determinadas actividades que, pela sua incidência ambiental, requerem cuidados mais ou menos acrescidos" (GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 129).

Canotilho[141], examinando o ordenamento jurídico português, entende que o direito ao ambiente é um direito subjetivo. Demonstrando que a compreensão dessa questão depende do ordenamento jurídico de cada país, o autor luzitano refere que o direito ao ambiente não é um direito subjetivo no direito constitucional espanhol, "porque não assegura, só por si, um direito de acção em tribunal".

Em que pese o aprofundamento acerca dessa querela fuja dos limites do presente trabalho, partilha-se do entendimento de Amado Gomes e, ampliando-o, entende-se que os direitos com objeto difuso devem ser pensados sob a perspectiva objetiva e não são passíveis de subjetivação.

Trata-se de "direitos assubjetivos" ou "Direito objetivo não-subjetivado", conforme as expressões de Pontes de Miranda[142], segundo o qual "não há direitos sem sujeitos. Nem todos os direitos são subjetivos. Interêsses são protegidos sem que a ordem jurídica crie direitos subjetivos. Muitas vêzes, os mais eficazmente protegidos, ou, até, os mais enèrgicamente assegurados, são interesses que não permitem a invocação do direito subjetivo. São esferas não menos importantes, da função só preventiva ou só repressiva do Estado".[143] Essa lição de Pontes de Miranda, quando ele trata do tema "sujeito e subjetivo", é importante para os direitos com objeto difuso, pois a ordem jurídica protege-os, lhes dá eficácia, mas sem lhes conferir direitos subjetivos.

---

[141] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 186-187.

[142] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 8 e 12.

[143] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 8.

Em clara alusão aos interesses transindividuais, Pontes de Miranda[144] afirma que há casos em que, “sem terem os particulares direitos subjetivos**,** a relevância do interêsse geral sugeriu que a esses se atribuísse ação dita popular (*actio popularis*)”. Conclui o autor, na sequência do seu raciocínio: “destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação”. (“destaque do original”).

Na linha de não subjetivação dos direitos coletivos, Clóvis do Couto e Silva refere que “há um problema semelhante em matéria de tutela de interesses coletivos. Estes interesses não podem ser qualificados como direitos subjetivos”.[145]

Nessa trilha, Tesheiner[146] afirma que “pelo menos quanto aos direitos difusos, é fácil ver-se que não se trata de direitos subjetivos”.

Tratando da correlação entre Direito e dever, Pontes de Miranda[147] diz que “o dever de atender à regra jurídica não é correlativo dos direitos que a regra jurídica cria ou transforma”, ou seja, que o Direito objetivo pode optar por não criar direitos subjetivos, destacando que “o direito objetivo pode ser perfeito sem existir tal garantia”[148] (direito subjetivo).

Ajuda a compreender a matéria o exemplo dado por Pontes de Miranda:

---

[144] PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 228.

[145] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. *In:* **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. FRADERA, Vera Jacob. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 217-235, em especial, p. 222. Esse artigo foi publicado originalmente na Revista dos Tribunais, ano 80, v. 667, mai-1991.

[146] TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. **Justiça do Trabalho**. n. 325, p. 31, jan. 2011.

[147] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 12.

[148] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 9.

> A regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos para que todos êles passem, possam sentar-se, descansar, é direito não-subjetivo. Os passantes, os freqüentadores e os que dêles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos.[149] ("destaque do original").

Frise-se o ponto: "nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos" e isso não significa que não sejam passíveis de realização. Note-se que Pontes de Miranda grifou em itálico a expressão "que se gozam", evidenciando a possibilidade de fruição de certos direitos sem haver direito subjetivo. Esse exemplo de utilização dos parques públicos é tipicamente um interesse/direito difuso (ainda que o autor não tenha mencionado isso, pois não lhe interessava essa abordagem).

O direito subjetivo, realmente, não é a única forma de gozar os direitos, nem a única posição jurídica subjetiva, não obstante seja hegemônica na nossa tradição jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A melhor denominação para o fenômeno dos "chamados direitos difusos" é "direito com objeto difuso", pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que pode ser difuso, entre outras classificações.

Os direitos e os deveres com objeto difuso devem ser estudados a partir da Constituição e dos direitos e dos deveres fundamentais, e, vinculam-se à perspectiva ou à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os

---

[149] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 6.

considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também valoriza e reforça o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, quando se tratar de valores e fins que transcendem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres.

Para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso não se deve lançar mão da noção de direitos subjetivos (muito importante para a consolidação e efetivação dos direitos individuais, homogêneos ou não), chegando-se à concretização pela aplicação e, por vezes, criação de Direito objetivo.

A adequada tutela de direitos com objeto difuso exige repensar inúmeros institutos do direiro material e processual clássicos, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano difuso.

De fato, o direito subjetivo foi criado para operar e opera de forma hegemônica no plano dos direitos individuais. Dentro dessa noção de individualidade que reflete a cultura e a sociedade do modelo de Estado liberal, o termo *direito* – no sentido subjetivo – somente é utilizado nas hipóteses em que a sua titularidade pertence a um sujeito determinado e há um objeto delimitado.

A presente proposta não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, visando a conferir maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.

Pensar a problemática dos direitos difusos a partir da aplicação do Direito objetivo é uma forma de superar o individualismo que marca a cultura

jurídica desde o direito romano e atrapalha a compreensão desse significativo fenômeno

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. FRADERA, Vera Jacob. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 217-235.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições jurídicas fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS**. n. 1. Porto Alegre: FMP, p. 34-72, 2007.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazioni**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JELLINEK, Georg. **La dottrina generale del diritto dello Stato**. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca. Milano: Giuffrè, 1949.

JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano***.* 2.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito***.* Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_______. **Problemas Capitales de la Teoria Jurídica del Estado**: desarrolados con base em la doctrina de la proposición jurídica. México: Porruá, 1987.

_______. **Teoria geral das normas***.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_______. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992*.*

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo***.* Rio Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história***.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOSANO, Mario G. **Teoría pura del Derecho**: evolución y puntos cruciales. Bogotá: Editorial Temis, 1992.

MARCHETTONI, Leonardo. Ockham e L'origine dei diritti soggettivvi. *In:* **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno. Milano: Guiffrè, n. 37, p. 21-66, jan.2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência*.* 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Processo e direitos fundamentais – brevíssimos apontamentos. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 127-145, jul.-set. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 15, p. 95-113, ago.-dez. 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. **Temas de direito processual**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 1.

_______. **Tratado da ação rescisória**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_______. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2.

_______. **Tratado de direito privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 1.

_______. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia uma Teoría Procesal del Derecho. Barcelona: Bosch, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La ciência del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual**. 2.ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. *[s.d.]*, v. 1.

SFORZA, Widar Cesarini. Diritto soggettivo. *In:* **Enciclopedia del diritto**. Milano: Guiffrè, 1964, v. XII.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. **Justiça do Trabalho**. n. 325, p. 31, jan. 2011.

_______. Revista eletrônica sobre os chamados ?direitos difusos?. **Processos Coletivos** *.* Porto Alegre, v. 3, n. 4, out.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/724>. Acesso em: 24 out. 2012.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette***.* Prima Traduzione Italiana. Volume Primo. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1902.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo:* **tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos***.* 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E DIREITO À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175/CE

Gabriela de Cássia Moreira Abreu[150]

RESUMO: Corroborando em vários pontos sua jurisprudência sobre o direito fundamental à saúde e, a partir das colaborações advindas do debate realizado na Audiência Pública n. 4, de 2009, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, proferiu decisão considerada paradigma no campo: o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, no qual foram elaborados diversos parâmetros para os casos de pedidos de fornecimento de medicamentos em face do Estado brasileiro. Este trabalho, a partir da metodologia do estudo de caso, analisa a referida decisão, com o objetivo de expor e comentar um possível novo marco jurisprudencial no tema do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE.

ABSTRACT: Corroborating various points in its jurisprudence on the fundamental right to health and from collaborations arising from discussion at the Public Hearing n. 4, in 2009, the Federal Supreme Court, in 2010, issued a decision considered a paradigm in the field: Regimental Appeal in Injunctive Relief Suspension n. 175/CE, in which several criteria were developed for cases of

---

[150] Mestra (2012) e Doutoranda (2013-2016) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, com ênfase em Direito Sanitário. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política do curso de Bacharelado em Direito e de Direito Desportivo do curso de Bacharelado em Educação Física, na Faculdade Metropolitana da Amazônia (FAMAZ), em Belém (PA). Advogada.

medicines supply requests from Brazilian state. This paper, based on the case study methodology, analyzes the decision in order to expose and comment on a possible right to health's new precedent.

KEYWORDS: Right to health. Federal Supreme Court. Regimental Appeal in Injunctive Relief Suspension n. 175/CE.

INTRODUÇÃO

No campo do direito à saúde, tema do presente trabalho, a Constituição da República de 1988, após categorizá-lo como direito social em seu art. 6º, estipulou, na Seção II do Capítulo II do Título VIII, as linhas gerais de sua conformação jurídica, estabelecendo, no art. 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A previsão de que o direito à saúde se concretiza por políticas públicas advém da inescapável complexidade do tema, tendo em vista que, como dispõe o *caput* do art. 3º da Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde, estruturadora do Sistema Único de Saúde – SUS):

> Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais[151].

[151] Redação alterada pela Lei n. 12.864, de 24 de setembro de 2013, para incluir a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde. A redação original dispunha: "A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País".

Porém, ante um Estado em desenvolvimento, as políticas públicas da área da saúde, não raramente, apresentam deficiências e distorções, seja por problemas de gestão, seja por insuficiência mesmo de recursos, face aos crescentes gastos advindos das novas tecnologias e tratamentos neste campo.

Estamos lidando com assunto sensível, relacionado ao direito à vida; ademais, levando-se em conta que a Constituição estipulou, no inciso XXXV de seu art. 5º, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o resultado não poderia ser outro: o Poder Judiciário vem recebendo, em escala crescente, demandas — individuais e coletivas — que objetivam, em última análise, o saneamento dos desajustes existentes nas políticas públicas em questão.

Não obstante os inegáveis avanços, o Brasil enfrenta graves problemas no sistema de saúde pública, que não consegue atender de forma devida às demandas da população. Ante tal situação, o Judiciário, paulatinamente, foi sendo mais procurado para obrigar o Estado a fornecer prestações de saúde.

Na chamada judicialização de políticas públicas e, em particular, da saúde, enfrentam-se uma série de dificuldades, que perpassam, inicialmente, pela separação de poderes (ingerência do Poder Judiciário em questão política), passam pelo princípio da isonomia (discriminação entre os cidadãos que demandam prestações de saúde contra o poder público e os que apenas se submetem ao Sistema Único de Saúde), seguem com o princípio federativo (responsabilidade de cada ente federado em matéria de saúde) e desembocam à reserva do financeiramente possível, com o fim de garantir que o atendimento das demandas individuais ou coletivas não comprometa a política pública de

saúde como um todo, ou até mesmo a realização de outras prioridades constitucionais[152].

Exatamente com o fito de tentar equacionar o tema, e inspirado no modelo de "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição"[153], o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em virtude de diversos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada,

---

[152] BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; BORGES, Danielle da Costa Leite. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS:** o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005. 117 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2007; CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009; FERRAZ, Octavio Luiz Motta Ferraz. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and human rights**, v. 11, nº 2, 2009, p. 33-45; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 222; MARQUES, Silvia Badim. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica**: o caso do Estado de São Paulo. 2005. Dissertação (Mestrado). Departamento de Prática de Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2005; MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil**.** In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009; MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.5, p525-534, mar./abr. 2005; NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição, vol. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; PEPE, Vera Lúcia Edais *et al*. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil**. Cadernos de Saúde Pública** [online]. 2010, vol.26, n.3, pp. 461-471; VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Publica**, São Paulo, v.41, n.2, p.214-22, 2007.

[153] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

> convocou a Audiência Pública, nos termos do art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde[154].

Na Audiência Pública n. 4, realizada em 2009, foram discutidos, dentre outros, os seguintes pontos: a) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) fraudes ao Sistema Único de Saúde.

As discussões provindas dos dias 27, 28 e 29 de abril, bem como nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009, influenciaram a jurisprudência posterior do STF. Especialmente no caso da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, tomada como paradigma, houve nova fundamentação em situações de pedidos de fornecimento de medicamentos face o poder público, e várias inferências daí retiradas se encontram no corpo deste acórdão, que será analisado a seguir.

---

[154] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguntas>. Acesso em: 25 mar. 2010.

2 RELATO DO CASO – AgRg STA 175/CE

A partir dos dados colhidos na Audiência Pública, foi constatado que a maior parte dos pleitos não decorre de omissão estatal absoluta, mas, antes, de uma intervenção judicial para cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, ou seja, não há uma interferência em um espaço amplo de discricionariedade administrativa.

O STF elaborou balizas jurisprudenciais para a análise deste tipo de pedidos. Em 17 de março de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo poder público contra decisões judiciais que determinaram ao SUS o fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. O Ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela Antecipada (STA) ns. 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança (SS) ns. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47.

A decisão *leading case* foi exarada no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE. Foi apensada aos autos, por identidade de conteúdo, a STA n. 178, interposta pelo Município de Fortaleza.

A decisão ganha destaque porque, considerando a relevância da concretização do direito à saúde, bem como a grande quantidade de processos e complexidade que envolve sua discussão, preocupou-se o Ministro Relator na fixação de critérios para as decisões judiciais que determinem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

Ressalte-se que o referido acórdão foi julgado pelo Pleno por unanimidade de votos e menciona explicitamente a contribuição dos pontos teóricos e práticos debatidos junto à Corte Suprema quando da realização da Audiência Pública n. 4 por este Tribunal.

O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, à época contando com 21 anos de idade, portadora de doença neurodegenerativa progressiva denominada Niemann-Pick Tipo "C", doença rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, dentre eles movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas, diagnosticada quando a paciente ainda era criança.

Em primeira instância, o caso concreto não foi apreciado, tendo o processo sido extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil. O Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará considerou a ilegitimidade ativa do *Parquet*, com base na maioridade da pessoa doente e no fato de que o MPF não poderia substituir a Defensoria Pública.

Interposto recurso de apelação pelo MPF, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5) reconheceu a legitimidade ativa do MPf para a propositura da ação civil pública e deferiu antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à jovem.

A União, então, ajuizou pedido de suspensão da tutela antecipada perante o STF, aduzindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal e a ilegitimidade passiva da União. Alegou, ainda, a ocorrência de grave lesão à ordem pública - uma vez que o fármaco à época não teria sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tampouco constava no rol impresso na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde; e de grave lesão à

economia pública, em razão do alto custo do medicamento, estimado em R$ 52.000,00 por mês. Além de apontar violação ao princípio da separação de poderes; violação às normas inerentes ao SUS; interferência indevida do Poder Judiciário na atividade exclusiva da Administração Pública de formulação de políticas públicas; violação ao sistema de repartição de competências; ausência de normas que prevejam a responsabilidade solidária dos entes do SUS.

Ainda ponderou que o financiamento de medicamento de alto custo propiciaria o desvio de recursos estatais a outras áreas não contempladas, a falta da prestação de serviços de saúde à população não beneficiária do fornecimento do medicamento em questão e o efeito multiplicador que poderia ser imposto por esta decisão aos casos assemelhados.

Em 8 de novembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 178/DF aos autos, por considerar idênticas as decisões formuladas.

Em 18 de setembro de 2009 o Ministro relator Gilmar Mendes, monocraticamente, convicto que o pleito nos autos não provocaria grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, mantendo incólume o acórdão do TRF-5.

Irresignada, a União interpôs agravo regimental buscando o julgamento pelo colegiado e a revisão da decisão, ao qual foi negado provimento à unanimidade, como adiantado, em voto que traçou paradigmas importantes para a questão da saúde pública do país, como se passará a expor.

3 VOTO DO MIN. GILMAR MENDES

Adentrando as razões do voto do Min. Relator, a qual buscou se abeberar das discussões travadas na Audiência Pública nº 4, como referido, dentre as argumentações apresentadas, destaca-se a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da interpretação e extensão do artigo 196 da Constituição Federal, relativo ao direito à saúde, e como este direito pode ser entendido como um direito subjetivo público a prestações estatais positivas e a possibilidade de tal direito constitucional ser vindicado judicialmente.

Pontua o referido voto que as discussões doutrinárias acerca do direito à saúde e sua concretização relacionam-se com as ideias de mínimo existencial e reserva do possível, ressaltando-se que este direito, e os demais direitos fundamentais, possuem uma proibição de intervenção (caracterizado por uma proibição de excesso) e, ainda, um postulado de proteção, resguardando o direto em questão de uma proteção insuficiente.

Dissecando o artigo 196, busca o voto em análise ponderar acerca de cada preceito estabelecido neste dispositivo, iniciando-se com a interpretação do enunciado do direito à saúde como um direito de todos.

Diante da concepção do artigo 196, em que a saúde é um direito de todos, o voto aponta que, deste fragmento do dispositivo constitucional, pode-se aferir uma dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não figurando tais dimensões apenas como um caráter programático, dada a força normativa que reveste os dispositivos constitucionais.

No que tange à dimensão individual do direito à saúde, esta ficou consagrada pelo Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, observando tal direito como público

subjetivo e gerador de obrigações estatais e, consequentemente, possibilitando a atuação judicial para fazê-lo cumprir.

A atuação judicial frente à demanda por prestações individuais de saúde restaria, contudo, limitada à existência de políticas públicas que as assegurem, não havendo possibilidade de concessão caso esta acarrete prejuízo ao regular funcionamento do SUS, prejuízo este que deverá ser comprovado e fundamentado pela Administração Pública.

O direito à saúde ainda aponta ser este um dever do Estado em que, ao enunciar um direito fundamental à saúde, estabelece um dever fundamental de concretização do referido direito, cuja competência é solidária entre os entes da federação conforme o artigo 23, II da Constituição. Neste ponto, o Ministro ratifica jurisprudência reiterada do Tribunal no sentido de afirmar tal solidariedade.

O voto em questão ainda enuncia que a própria estrutura do SUS reforça a responsabilidade solidária e subsidiária dos entes ao prestar ações e serviços de saúde, uma vez que há descentralização de serviços e conjugação de recursos financeiros entre estes, garantidos mediante políticas sociais e econômicas. Esse preceito faz decorrer a necessidade de elaboração de políticas públicas para viabilizar as escolhas alocativas possíveis, de forma a possibilitar um acesso universal e igualitário às prestações a toda população. Como serão compensados entre os entes os gastos não foi mencionado, e nem era objeto do caso.

Assenta o voto que a concretização do direito à saúde perpassa não pela inexistência de políticas públicas e regulamentos, mas pela implementação, manutenção e execução de políticas de saúde, ocorrendo, nesta seara, a atuação judicial. Deste modo, o Judiciário não cria políticas públicas, mas determina o cumprimento de obrigação já imposta pelo próprio Estado para si.

Neste sentido, ressalta o voto, deve ser redimensionada a judicialização de políticas de saúde.

Há, todavia, casos particulares apontados pelo voto que relativizam a ideia de prestações de saúde concedidas judicialmente de forma absoluta.

O primeiro aspecto a ser observado é que o direito à saúde, como a quase totalidade dos direitos, não é absoluto, sendo razoável pontuar a premissa de que devem existir limites para a concessão de serviços ou bens requeridos de forma individual em nome do direito à saúde. Ou, nas palavras de Mendes:

> esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde[155].

Infere-se que, a princípio, é dever estatal promover políticas públicas que concretizem o mandamento constitucional de assegurar a todos o acesso aos bens e serviços de saúde necessários para cada situação particular, em todos os níveis de atenção. Trata-se do princípio da integralidade. Ocorre que o Poder Público, ao projetar e concretizar as políticas públicas de saúde, administra recursos orçamentários limitados. Em virtude disto, o voto do Relator estipulou outra premissa:

> a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por

[155] Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Julgado em: 17/03/10. Publicado em: 30/04/10 (Dje).

> certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso[156].

O voto ora analisado apresenta um importante diagnóstico do direito sanitário brasileiro quando afirma que, em boa medida, existem políticas públicas e regras definidas, sendo que o problema está principalmente na implementação dessas políticas. Ou seja, "o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados"[157].

Partindo de tal diagnóstico, o voto de Gilmar Mendes definiu o primeiro parâmetro a ser considerado pelo julgador ante um caso individual de tutela do direito à saúde: verificar se existe política pública relativa à prestação de saúde pleiteada no caso concreto. Existindo, o Poder Judiciário deve cumpri-la e isto não caracteriza interferência na seara administrativa, pois o julgador não estará criando a política, mas ordenando o seu devido cumprimento.

Na situação inversa, quando a ação de saúde pleiteada não possuir política formulada, devem-se distinguir três situações possíveis. Primeiramente, se decorrer de uma omissão legislativa ou administrativa, o julgador deverá privilegiar o tratamento estipulado pelo SUS, e na decisão sublinhou-se a importância de revisões periódicas dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas de saúde, possibilitando ao Judiciário intervir caso uma pessoa comprove que o tratamento ofertado não é adequado a si. A omissão legislativa não foi enfrentada explicitamente no voto.

Em segundo lugar, quando houver uma decisão administrativa de não fornecer a prestação pretendida, faz-se nova distinção: i) o SUS fornece tratamento alternativo, devendo-se privilegiar o tratamento disponibilizado pelo

---

[156] Idem, ibidem.
[157] Idem, ibidem.

Sistema, desde que não comprovada a ineficácia ou impropriedade da política existente para o indivíduo158. ii) o SUS não possui tratamento para a patologia: a) por ser um tratamento experimental: sendo pesquisa médica, o Judiciário não pode deferir tais pedidos. Pontua o Ministro que o SUS não pode ser obrigado a custear a participação em testes clínicos da indústria farmacêutica; b) por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: o Poder Judiciário poderá intervir, em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares159.

Neste ponto o voto expressamente sugere maior rigor para a concessão de medidas liminares contra o Poder Público nestes casos. Em verdade, analisando-se o conjunto dos critérios apontados no voto, a princípio, apontar-se-ia uma tendência de restrição das hipóteses de concessão liminar da tutela judicial, o que não necessariamente é verdade, ao menos no âmbito do Tribunal, como apontaremos adiante. De todo modo, há necessidade de haver pesquisas sobre o impacto desta decisão na jurisprudência, tanto do STF em si, como em outros Tribunais.

---

158 Decidiu-se que o SUS só terá obrigação de prestar as ações conforme as políticas sociais e econômicas públicas elaboradas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, pois filia-se à corrente da Medicina baseada em Evidências. “Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. Foi reconhecida “a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz em seu caso”, sendo necessárias “revisões periódicas dos protocolos existentes e de elaboração dos novos protocolos”.

159 Nesta, “parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas”, havendo necessidade de instrução probatória, o que compromete a concessão de cautelares.

Por fim, se houver vedação legal à dispensação do medicamento, o Relator discorreu sobre ponto bastante debatido na Audiência Pública: a pretensão de obter medicamento não registrado na ANVISA é proibida pela Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos. Em seu artigo 12 assevera que "nenhum dos produtos de que trata esta lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde". O registro de medicamento é uma garantia à saúde pública, lembrando que o artigo 196 da CR também vislumbra o aspecto de defesa do direito à saúde, ao dizer que as políticas sociais e econômicas visam à redução do risco de doença e de outros agravos.

Para o Relator, o alto custo não é, por si só, motivo para o não fornecimento do medicamento pelo Poder Público. Impõe-se ao Executivo comprovar que haveria grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas nesta concessão.

A tutela individual do direito à saúde é explícita no voto do Ministro Celso de Mello. Textualmente afirma que o interesse financeiro do Estado é secundário e não sobrepõe o interesse maior que é a plena realização dos direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde. Ainda segundo o Ministro, a reserva do possível não pode servir como argumento para o Estado violar os direitos fundamentais[160]. Para ele, o Poder Judiciário deve agir quando o Estado deixa de formular políticas públicas ou não as adimple, em especial quando emanarem da Constituição:

---

[160] O Min. Celso de Mello reitera posicionamentos já demonstrados em decisões anteriores de sua relatoria, como a Petição 1.246-1/SC, de 1997, o AgRg no Recurso Extraordinário 271.268-8/RS, de 2000 e a ADPF 45/DF, de 2004.

> O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde.

O Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado por todos os demais presentes à sessão plenária, no dispositivo de decisão (não conceder o provimento do agravo regimental à suspensão de tutela antecipada).

4 ANÁLISE E CONCLUSÃO

Analisando os parâmetros propostos pelo Min. Mendes, cremos que quanto à omissão administrativa ou legislativa, a princípio, decidiu de forma acertada o STF, pois há uma clara disposição normativa já delineada e que está sendo descumprida, devendo o Judiciário intervir para torná-la eficaz.

Em relação à vedação legal, é correto o indeferimento judicial de ações de saúde expressamente proibidas por regras, sem deixar de considerar possível circunstância do caso concreto que demande solução diferenciada, a partir de forte argumentação jurídica neste sentido (poderá valer-se de princípios que consigam superar a regra, pois a princípio o magistrado não deve decidir *contra legis*).

Quanto à decisão administrativa de não fornecer o pedido em virtude de tratamento experimental, o entendimento da Corte é de se aplaudir, pois soube reconhecer o aporte teórico e técnico de outros ramos do saber necessários às causas em saúde, como a apreensão do paradigma adotado da medicina baseada em evidências, além de obedecer ao aspecto de defesa que o direito a saúde possui (como qualquer direito fundamental), justamente o de proteger a integridade dos cidadãos, evitando-se riscos. Como, aliás,

depreende-se da própria leitura completa do *caput* do artigo 196 da Constituição: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas <u>que visem à redução do risco de doença e de outros agravos</u> e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (grifo nosso). Portanto, tratamento experimental não deve ser requerido do Estado brasileiro e provido pelo Judiciário.

Os tópicos mais polêmicos são os casos de omissão legislativa ou administrativa e novo tratamento não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada, nos quais o STF previu a possibilidade de intervenção judicial, por pleitos individuais ou coletivos. De certa forma, pode significar a manutenção do atual quadro de numerosos pleitos individuais sobre a temática em todo o país, mesmo tendo sido recomendada a dilação probatória, o que dificultaria a concessão de liminares161.

Aparentemente foi sedimentado o posicionamento que respeita a vedação legal ao fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA, o que foi corroborado na Lei nº 12.401/11, que alterou a LOS, para acrescentar o artigo 19-T:

> São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

---

161 No voto do Min. Celso de Mello, este concordou integralmente com o voto do relator, embora o conteúdo de seu voto tenha sido em sentido oposto, mencionando ser o direito à saúde um direito de todos em qualquer circunstância. Reiterou argumentos expendidos em outros casos, como os do famoso AgRg RE 281.286-8/RS, no mesmo sentido de ser a saúde um direito de todos e que caberia ao Judiciário intervir em todas as situações, mas corroborando o voto do Relator. Podemos observar a dificuldade de ser parametrizado tal tipo de entendimento para todo o Judiciário a partir deste exemplo.

Não obstante, em notícia divulgada em 02/12/11, o Supremo reconheceu repercussão geral em situações discutindo este tipo de problema, a partir do Recurso Extraordinário 657.718162,[163].

A decisão no AgRg STA 175/CE contribuiu para o tema na medida em que buscou redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde e apresentou diretrizes que devem ser ponderadas nos conflitos. Além disso, o Relator ressaltou a importância de que se produzam provas nos processos que envolvem pretensões positivas na área da saúde, a fim de que não se verifique uma produção em massa de decisões que concedem medicamentos indiscriminadamente, sem atentar às peculiaridades do caso concreto. Portanto, de acordo com esse precedente – o qual, embora não seja

---

162 FORNECIMENTO pelo Estado de medicamento não registrado pela Anvisa tem repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195344&caixaBusca=N>. Acesso em 05 dez. 2011.

[163] A recorrente assevera que o argumento de falta de previsão do remédio na lista do SUS não encontra guarida, tendo em vista a responsabilidade do ente federativo. Ressalta, ainda, que a vedação de importação e de uso de medicamento é distinta da ausência de registro na ANVISA. Também afirma que a aplicação da chamada teoria da reserva do possível não exime o administrador de cumprir com as obrigações que constam da Constituição de 1988. Assim, a recorrente solicita, ao final, a concessão de tutela antecipada em virtude do estado de saúde precário.
Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) entendeu que, apesar de o direito à saúde estar previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. O TJMG ressaltou a inexistência de direito absoluto e, tendo em vista a prevalência do interesse coletivo, bem como dos princípios do artigo 37 da CF, "a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis".
Quanto à repercussão geral, a recorrente salienta a relevância econômica e social da questão. Afirma que a importância da matéria requer que o Supremo examine o tema do direito fundamental à saúde quando há necessidade de fornecer medicamento imprescindível ao bem-estar e à vida de um cidadão.
Consoante o relator, ministro Marco Aurélio, "o tema é da maior importância para a sociedade em geral no que, de início, cumpre ao Estado assegurar a observância do direito à saúde, procedendo à entrega do medicamento". "Ao Supremo cabe a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal".

formalmente vinculante, é apontado como marco na jurisprudência do Supremo -, nos casos em que a pretensão não se encontre prevista pelas listas do SUS, caberia à parte fazer prova de sua necessidade específica e da impropriedade da política pública estatal.

Ocorre que, apesar disto, no âmbito do STF, o que se verifica, preliminarmente, é que se mantém um posicionamento majoritário tendente a conceder os medicamentos requeridos, ainda que não se encontrem nas listas do SUS.

Com efeito, a partir de uma análise das 13 decisões proferidas pela Presidência do referido Tribunal nos autos dos processos em que se pretendia a SS, SL ou STA, tendo por base o período de janeiro a setembro de 2010, é possível verificar que em apenas dois casos foram deferidas as suspensões requeridas e em um foi parcialmente suspensa a liminar. Note-se que em nenhum desses casos foi suspensa a segurança, antecipação de tutela ou liminar que fora concedida a um indivíduo em razão de o medicamento não constar da lista do SUS ou em decorrência de considerações acerca da escassez de recursos, custos dos direitos ou reserva do possível.

Na SS 4244, o Ministro Cezar Peluso deferiu a contracautela requerida, sob o fundamento de que se vislumbrava no caso indícios de má-fé do impetrante do Mandado de Segurança, uma vez que foram acostados documentos que demonstravam que o mesmo adotou, nas palavras do Ministro, “(...) 'duas linhas de frente' (estadual e federal) para alcançar o financiamento público de seu tratamento no exterior”. Portanto, o deferimento da Suspensão pleiteada, nesse caso, deu-se por uma especificidade do caso em que se constatou má-fé por parte do impetrante da Segurança.

Já na STA 424 e na STA 256, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a suspensão no primeiro caso e deferiu parcialmente o pedido no segundo, sob

o fundamento de que as determinações judiciais seriam muito genéricas, na medida em que não se dirigiam a indivíduos determinados, mas a uma coletividade, o que poderia inviabilizar a ordem administrativa. Portanto, no caso, entendeu-se que haveria possibilidade de lesão à ordem econômica a justificar as suspensões pretendidas.

Por outro lado, no que pertine aos pleitos individuais, o Supremo não tem reconhecido a possibilidade de lesão à ordem pública ou à ordem econômica. Ressalte-se que na STA 424, que foi deferida, a única paciente paradigma da ação civil pública interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina já havia falecido quando da prolação da sentença. Da mesma forma, na STA 256, não foi deferido o pedido de suspensão quanto aos pacientes substituídos na ação civil pública.

Também na STA 434, não foi concedida a pretensão do Estado da Bahia, sob os fundamentos que podem ser assim resumidos: (a) o medicamento pleiteado encontra-se registrado na ANVISA, o que atesta a sua segurança; (b) a paciente comprovou a necessidade do tratamento, bem como a sua impossibilidade financeira de custeá-lo; (c) o alto custo do fármaco, orçado em R$30.476 por ano, não é motivo suficiente para não fornecê-lo; (d) o Estado não comprovou de forma concreta a lesão aos cofres estaduais. Ressalte-se que posicionamento no mesmo sentido foi tomado em outras decisões prolatadas nos pedidos de SS, SL e de STA naquele ano (SS 4229, STA 421, STA 283, SS 3962, SS 4045, SS 3852, SS 3941).

O que se verifica, preliminarmente, é que a maior parte das decisões do Supremo mantém o posicionamento segundo o qual o fato de o medicamento pleiteado não constar das listas das Portarias do SUS não obsta a sua concessão pela via judicial. Para se confirmar tal tendência nos anos posteriores, é necessária uma pesquisa específica.

Discutir a saúde é extremamente relevante, pelo próprio impacto dessas decisões, que vêm gerando uma reação dos gestores públicos. Além disto, de interesse neste âmbito de uma teoria sobre o direito social à saúde, resta-nos questionar: afinal, qual é o conteúdo do direito à saúde no Brasil, e que tipo de controle pode ser feito pelo legislador e pelo judiciário? Para responder a tais perguntas, necessariamente se perpassa pela análise da jurisprudência da mais alta Corte no país, como se realizou no presente trabalho, além do estudo da doutrina.

Vários estudos acadêmicos mostram o efeito distributivo perverso na distribuição relativa ao direito à saúde. Prevalência das ações individuais, em peso, e prevalência de pessoas de classe média, com plano privado. Por exemplo, exames não previstos no SUS, exigência de certos tratamentos, e as decisões de tratamento no exterior[164].

O modelo prevalecente de litigância do direito à saúde em nosso país é baseado em demandas individuais que requerem tratamentos curativos, geralmente medicamentos[165].

---

[164] HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007; VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Publica**, São Paulo, v.41, n.2, p.214-22, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. Paper apresentado ao VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007.

[165] HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010; ANDRADE, E.; MACHADO, C. D.; FALEIROS, D. R.; SZUSTER, D. A. C.; GUERRA JR, A. A.; SILVA, G. D. *et al*. A judicialização da Saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: Gestão da Clínica e Medicalização da Justiça. **Revista**

A grande maioria das ações individuais relativas ao direito à saúde no Brasil são bem sucedidas (estimado em 90% nos tribunais inferiores e 100% no STF) e impõem ao Estado a obrigação de prover um serviço particular a uma pessoa específica[166]. A litigância também é caracterizada pela explosão recente no número de ações trazidas às cortes[167]. Por exemplo, o estado do Rio de Janeiro foi de um processo em 1991 a 1.144 em 2002[168] e a 2,245 em 2005[169]. Os estados do Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco, Rio de Janeiro e Goiás, combinados, viram o número total de ações aumentar de quase zero de casos em 1995 a 7.400 em 2004[170].

Ainda de maior relevância se mostra discutir os critérios propostos na decisão para vermos quais são os contornos do direito fundamental à saúde e a relação entre o Executivo e o Legislativo. Deve-se ter em mente que o reconhecimento do direito subjetivo não significa a exclusão do papel desses dois poderes, com total proeminência do Judiciário.

Médica de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 18, n. 4-S4, p. 46-50, 2008; MASTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. M. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri (eds.). **Litigating health rights:** can courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 282, nota 4, indicando que ações individuais são o padrão na América Latina, representando 97 a 99% da litigância em direito à saúde na região.

[166] FERRAZ, Octavio Luiz Mota. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?. **Health and Human Rights Journal**. Boston, v. 11, n. 2, 2009, p. 33-45; HOFFMANN, Florian F. Accountability and social and economic rights in Brazil. In: GAURI, V; BRINKS, D. **Courting social justice:** judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 107.

[167] FERRAZ, Octavio Luiz Mota. *Op. cit*, p. 40, nota 8, atribuindo o recente aumento das demandas às altas taxas de sucesso neste tipo de casos.

[168] MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.5, p. 525-534, mar./abr. 2005.

[169] BORGES, Danielle da Costa Leite. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS:** o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2007.

[170] HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M, *op. cit.*

Há quem discorde da concessão de tal tipo de prestação em ações individuais[171]. José Reinaldo de Lima Lopes demonstra que há uma dificuldade na implementação dos direitos sociais pelo Judiciário, pois é dificultada a percepção de contextos amplos pelo julgador[172].

A cultura jurídica brasileira foi tradicionalmente marcada por um aspecto individualista. Tal modelo foi pensado e é eficiente para a solução de conflitos (lides) entre indivíduos (quando os interesses em embate são particulares). Porém, sua aplicação a hipóteses em que os interesses sobrepujam a esfera jurídica dos sujeitos do processo vem se mostrando especialmente nociva, como apontado pelas pesquisas mencionadas.

O poder Judiciário tenta se adaptar à valorização das tutelas coletivas e de notória preocupação com questões sociais. Lopes afirma que "o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais"[173]. A cultura individualista de solução de conflitos tem levado os membros do Judiciário a ignorar repetidamente as consequências adversas de suas decisões no que tange à efetivação do direito social à saúde.

Como regra geral, o Judiciário foi pensado e aparelhado para efetivar justiça comutativa e não distributiva, no sentido de que faz micro justiça e não macro justiça. Os direitos sociais estão relacionados ao escopo da macro justiça,

---

[171] A exemplo de: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição, vol. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127.
[172] LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais:** teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
[173] LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit,* p. 136. "O paradigma codificador novecentista, inspirado no Código de Napoleão, baseava-se na justiça comutativa ou retributiva, que trabalha com relações bilaterais, ou jogo da "soma zero": há o lícito-ilícito, credor-devedor, culpado-inocente, isto é, o resultado pertence, na totalidade, a um vencedor. Para casos envolvendo a justiça distributiva, dá-se um jogo de soma não zero, com caráter plurilateral, não binário. Envolve uma cooperação, em que o produto é criador por todos, e não é algo que será concedido a alguém" (p. 145).

por mais que possam ser veiculados em demandas individuais. Portanto, o foco na implementação do direito à saúde seria a formulação das políticas públicas de saúde e não em sua busca de forma individualizada de medicamentos ou outras ações semelhantes. Neste sentido, os Protocolos formulados pela administração devem ser obedecidos, não havendo óbice a que se pleiteie perante o Judiciário que sejam inseridos nos Protocolos procedimentos ou medicamentos ainda não previstos, ou uma rígida fiscalização na aplicação dos recursos públicos destinados a tal atividade[174].

Quando essas questões são trazidas ao Judiciário de forma individualizada, há menos informações, menos controle sobre que impacto a decisão terá, inevitavelmente, no orçamento público. Quando estamos perante uma ação coletiva, tais problemas ainda persistem, mas eles estão aflorados e têm maior possibilidade de debate.

Em verdade, como Gustavo Amaral diz[175]: a saúde é direito de todos e direito de cada um. Isto denota uma tentativa de escapar da dicotomia entre saúde direito de todos como a se perceber que está em campo de políticas públicas puras, sem que haja direitos individuais, e saúde direito de cada um, como se fosse possível fosse solver o imbróglio em um silogismo simplista[176]

---

[174] NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit*, p. 129-130.

[175] AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

[176] Na América Latina, incluindo o Brasil, as decisões judiciais são esmagadoramente caracterizadas pelo que Daniel Brinks (BRINKS, Daniel M; FORBATH, William. Commentary: social and economic rights in Latin America: constitutional courts and the prospects for pro-poor interventions. **Texas Law Review**. Austin, v. 89, n. 7, p. 1943-1956, 2011) chama de raciocínio silogístico (*syllogistic reasoning* - ou seja, Constituições garantem um direito que assegura saúde para todos, um indivíduo tem uma necessidade médica que requer atendimento especializado, então esta pessoa tem direito a qualquer benefício que possa ser necessário para restaurar sua saúde). Este raciocínio silogístico que prevalece na América Latina está em nítido contraste com uma abordagem mais procedimental baseada em um padrão de razoabilidade, que tem sido usada na África do Sul, por exemplo, ou no caso da sentença T-760/08 da Corte Constitucional

"em que a premissa maior é que *saúde é direito de todos e dever do Estado*, a premissa menor é que *fulano ou fulana necessita de cuidados médicos* e a síntese é que *logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá-o-que-for, custe-o-que-custar*"[177].

Não obstante todas as ações implementadas pelos poderes, as demandas judiciais na saúde continuam a crescer e a abranger pedidos de medicamentos, procedimentos ou produtos não inclusos em protocolo clínico ou lista elaborada pelos gestores do SUS, tal como solicitação de itens não autorizados ou registrados pela ANVISA, desviando-se do padrão estabelecido na decisão objeto desse trabalho.

Um exemplo disto constatou-se em pesquisa que realizamos em dissertação de mestrado[178], analisando 77 acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará entre 2008 e 2011. A intenção era verificar se houve ecos das novas decisões proferidas no STF (desde decisões da Min. Ellen Gracie, em 2007, que ressaltou o aspecto coletivo do direito à saúde e deferiu alguns pedidos de STA e SS, até a decisão analisada nesse trabalho) no Judiciário paraense, tal como conhecer as características de tais demandas em nosso estado. Assim, foi feita a caracterização quanto à espécie de autor, representação em juízo, doença de que padecem, objeto da demanda, espécie

---

da Colômbia. Determinar qual desses dois tipos de raciocínio judicial (silogístico ou procedimental) é preferível depende do tipo de resultado procurado.

[177] AMARAL, Gustavo. *Op. cit*, p. 82. Para a primeira posição, o dever do Estado é o de desenvolver mecanismos gerais de atendimento e o direito do indivíduo é ao cumprimento dessas políticas, nos limites em que foram estipuladas. A intervenção do Judiciário só seria possível no controle da execução das políticas públicas, no controle das escolhas e dos resultados. Para a segunda, a Constituição outorga um direito subjetivo à saúde: obter prestações estatais com o fim de se chegar a um estado de plenitude de "saúde", com o único fundamento a condição de cidadão. Por este prisma, a chamada judicialização seria uma tautologia. A Constituição já assseguraria direitos fundamentais, devendo o Judiciário zelar para que seja cumprida.

[178] FERREIRA, Gabriela de Cássia Moreira Abreu. **Parâmetros para justiciabilidade do direito social à saúde**: o caso do estado do Pará. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Pará, Belém, 2012.

de ação interposta, perfil dos recorrentes e resultado da demanda, além de filtro dos principais argumentos apresentados pelos atores envolvidos: autores, réus e magistrados.

Agrupamos a argumentação dos magistrados encontrada nos seguintes pontos: 1) O Estado do Pará, bem como seu Secretário de Estado da Saúde, são competentes para compor o polo passivo da ação; 2) A responsabilidade é solidária entre Municípios, Estados e União, conforme art. 23, II, da CF e arts. 4º, 7º, IX, a, b e art. XI da Lei 8.080/90. O autor pode escolher com quem quer litigar; 3) A atuação do Poder Judiciário não está interferindo no princípio da separação dos poderes do Estado. Está apenas resguardando um direito constitucional; 4) Demonstrado o autor ser portador de uma doença e necessitar de um determinado medicamento/tratamento, é curial seja o Estado obrigado a providenciar a sua implementação; 5) O direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos; 6) A saúde é direito fundamental público e subjetivo, constitucionalmente reconhecido e intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, não estando sua apreciação sujeita ao mérito administrativo; 7) Todas as questões, como a competência do Município, Política Nacional de Medicamentos ou gastos exorbitantes, caem por terra diante do amparo constitucional e do maciço número de julgados, inclusive do STF, que vêm taxativamente determinando o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, como o RE 271.286[179].

Foram encontradas algumas referências à jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente à do STF e Superior Tribunal de Justiça.

---

[179] FERREIRA, Gabriela de Cássia Moreira Abreu. **Parâmetros para justiciabilidade do direito social à saúde**: o caso do estado do Pará. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Pará, Belém, 2012, cap. 4.

Quanto àquela, foi mais citado o AgRg RE 271.286. Em relação às decisões mais recentes, foram mencionadas em poucos acórdãos, como nos exemplos:

> No momento que declara tratar-se de um direito social (art.6º), a Carta Federal reconhece que a saúde é um direito fundamental do indivíduo, e neste contexto é que o direito a saúde se insere no art. 60, §4º, inciso IV, ou seja, corresponde a cláusula pétrea.
> O que se depreende disso é que o direito fundamental reclamado pelo indivíduo não pode ser afastado por conta de justificativas orçamentárias em nome do interesse público.
> Noutra senda, a Suprema Corte indeferiu, recentemente, nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial.
> O ministro Gilmar Mendes relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47, ouviu diversos segmentos ligados ao tema na audiência pública sobre a saúde, ocorrida em abril de 2009, para subsidiar as decisões. As decisões foram acompanhadas a unanimidade[180].

Ou seja, foram citadas tendo em conta seu dispositivo (as suspensões de tutela antecipada ou de segurança foram indeferidas), e não o debate que ali foi instaurado, a partir dos subsídios da audiência pública nº 4, conforme demonstramos no tópico anterior. Em momento algum encontramos referência a um dos conceitos sobre a política pública de medicamentos ou os próprios princípios de direito sanitário e esmiuçada a legislação infraconstitucional. No mais, a LOS é apenas citada nominalmente.

---

180 Agravo de instrumento 2009.3.006690-4, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 08/04/10, agravante: Estado do Pará, agravado: Zenilda Monica Ferreira de Melo; Agravo de instrumento 2010.3.016461-4, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 02/12/10, agravante: Estado do Pará, agravado: Ministério Público do Estado do Pará.

O direito à saúde, previsto na Constituição, é interpretado pelo Judiciário local de forma tão abrangente que dá margem ao fornecimento de praticamente qualquer pleito postulado em face do Estado. Ao mesmo tempo em que os Desembargadores criticam a gestão do SUS, condenam a “burocracia estatal”. O Judiciário pretende que o governo organize o SUS para atender a todas as demandas por saúde pela população; no entanto, ignora as normas que estruturam esse sistema e que, supostamente, o fazem funcionar.

Não que com isto queiramos dar a entender que as demandas individuais são ilegítimas e devam ser todas indeferidas e proscritas do Judiciário. Deve haver um equilíbrio entre as duas facetas do direito à saúde e os resultados da pesquisa demonstram o oposto disto.

A percepção é de que o Judiciário tem avançado pouco na consideração das diretrizes e recomendações que ele mesmo formulou, tal como da nova legislação vigente, pois no cotidiano da gestão não se observa a repercussão dessas diretrizes, recomendações e legislação nas variadas instâncias do Judiciário.

É necessário que o diálogo entre o Judiciário e os gestores do SUS seja ampliado e reforçado para que a judicialização da saúde tenha seu potencial canalizado para situações em que os usuários do SUS estejam realmente desassistidos pelo sistema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, E.; MACHADO, C. D.; FALEIROS, D. R.; SZUSTER, D. A. C.; GUERRA JR, A. A.; SILVA, G. D. *et al*. A judicialização da Saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: Gestão da Clínica e Medi-

calização da Justiça. **Revista Médica de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 18, n. 4-S4, p. 46-50, 2008.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-115.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BORGES, Danielle da Costa Leite. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS:** o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2007.

BRINKS, Daniel M; FORBATH, William. Commentary: social and economic rights in Latin America: constitutional courts and the prospects for pro-poor interventions. **Texas Law Review**. Austin, v. 89, n. 7, p. 1943-1956, 2011.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública.** São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988.

FERRAZ, Octavio Luiz Mota. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?. **Health and Human Rights Journal**. Boston, v. 11, n. 2, 2009, p. 33-45.

FERREIRA, Gabriela de Cássia Moreira Abreu. **Parâmetros para justiciabilidade do direito social à saúde**: o caso do estado do Pará. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Pará, Belém, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORNECIMENTO pelo Estado de medicamento não registrado pela Anvisa tem repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195344&caixaBusca=N>. Acesso em 05 dez. 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

______. Accountability and social and economic rights in Brazil. In: GAURI, V; BRINKS, D. **Courting social justice:** judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. New York: Cambridge University press, 2010, p. 100-145.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais:** teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MARQUES, Silvia Badim. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica**: o caso do Estado de São Paulo. 2005. Dissertação (Mestrado). Departamento de Prática de Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2005.

______; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MASTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. M. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri (eds.). **Litigating health rights:** can courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 273-303.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil**.** In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.5, p. 525-534, mar./abr. 2005.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição, vol. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al*. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil**. Cadernos de Saúde Pública** [online]. 2010, vol.26, n.3, pp. 461-471.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. Paper apresentado ao VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguntas>. Acesso em: 25 mar. 2010.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.41, n.2, p. 214-22, 2007.

CORTES CONSTITUCIONAIS E A LEGITIMIDADE DA REFLEXIVIDADE

Claudio Felipe Alexandre Magioli Núñez[181]

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a questão da legitimidade democrática das Cortes Constitucionais. Na contemporaneidade vive-se a *dificuldade contramajoritária*, já que o controle de constitucionalidade pode derrubar decisões assentadas em maioria parlamentar, pondo em xeque o cânone de decisão democrática assentada no princípio da maioria. Isso levaria ao questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciário em suas decisões, especialmente quando invalida leis fundadas em políticas públicas formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que acarretaria uma espécie de *déficit democrático* do Judiciário. O estudo apresenta a democracia como um regime temporal, composto pela instantaneidade das eleições (curto-prazo), o período dos mandatos parlamentares (médio-prazo) e a Constituição (longo-prazo). As Cortes Constitucionais atuariam na temporalidade do longo-prazo estando democraticamente legitimadas pela reflexividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Legitimidade Reflexiva. Temporalidade. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Judicialização da política.

ABSTRACT: This paper examine the question of the democratic legitimacy of the Constitutional Courts. In contemporary the *counter-majoritarian difficulty*, i.e, the *judicial review* can topple decisions settled in parliamentary majority, putting into question the democratic principle of majority decision. This lead us to

---

[181] Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO. Pós-Graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela UCAM (2012). Pós-Graduado em Direito Público pela UGF(2009). Bacharel em Direito pela UNIRIO (2008). Atuante na área de Direito Disciplinar e Direito de TI. Ex-Presidente da Comissão Permanente de Processo Disciplinar-CPDIS do TRE-RJ. Vice-Presidente da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos e membro da Comissão de Segurança da Informação, ambas do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ)

question the democratic legitimacy of the Judiciary in their decisions, especially when invalidate laws based on public policies formulated by the Legislative and Executive branches, which would entail a kind of *democratic deficit* of the Judiciary. The study presents democracy as a time-regime, comprising the immediacy of elections (short term), the period of the parliamentary mandates (medium term) and the Constitution (long term). Constitutional Courts would act in the long term temporality which democratically legitimate its by reflexivity.

KEYWORDS: Social Rights. Reflexivity legitimacy. Temporality. Public Policy. Judiciary. Judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

O direito e a política sempre se preocuparam com a legitimidade de sua atuação. Teorias foram desenvolvidas, principalmente com a ascensão da burguesia ao poder, levaram à busca de uma nova forma de legitimação. Com a transição do Antigo Regime e do sistema feudal para o Estado Moderno e o sistema capitalista, o Judiciário recebe novo papel, com sua legitimidade da imparcialidade visando garantir a igualdade perante a lei. Porém, a legitimidade do Judiciário parece ser menor que a dos poderes Legislativo e Judiciário, ainda hoje, apesar de ser nominalmente independente e equivalente.

A formação do Estado Moderno está umbilicalmente ligada ao nascimento da função jurisdicional como afirmação política do poder central representado pelo monarca. Isso torna a jurisdição como expressão da soberania do poder do Estado de forma a reafirmar a posição de proeminência do monarca em relação aos "poderes inferiores" (*suzerain*). Neste particular, devemos nos recordar da contribuição de Jean Bodin, e sua obra *"Os Seis Livros da República"*, sendo o primeiro a teorizar sobre a soberania,

entendendo-a como *summa potestas*. Essa concentração de poder é percebida, tanto nos países de tradição romano-germânica (TUCCI, 1987) quanto no caso da *common law* (DAVID, 1986).

Com as Revoluções Modernas, a burguesia como classe social, assume definitivamente o poder político. Naquele momento histórico, a nova classe precisou legitimar o seu poder e romper com a justificação do poder do Rei e da aristocracia feudal que extraía sua legitimidade na Teologia (origem divina do poder). Os modernos como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant buscaram uma legitimação do poder que não fosse pautada em argumentos teológicos. Nessa mesma passagem histórica, surge a afirmação do poder estatal especialmente na figura do Legislador e, no âmbito do Direito, na concepção do positivismo jurídico. Aparece, então, o modelo de um Poder Judiciário inerte, quase inanimado e mero fantoche da lei. O ideário de um Judiciário imparcial, inerte e longe de "assuntos políticos" ainda tenta se sustentar até hoje.

Surge a "dificuldade contramajoritária": trata-se do fato das decisões das Cortes Constitucionais introduzirem um componente contramajoritário nos sistemas democráticos do mundo ocidental contemporâneo. Ou seja, estas cortes, através dos remédios constitucionais de invalidação das leis por inconstitucionalidade, são capazes de derrubarem decisões assentadas em maioria parlamentar. Assim, seria uma espécie de decisão que põe em xeque o cânone de decisão democrática assentada no princípio da maioria. Isso levaria ao questionamento da legitimidade democrática do Poder Judiciário em suas decisões, especialmente quando invalida leis fundadas em políticas públicas formuladas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que acarretaria uma espécie de "déficit democrático do Judiciário" (BARROSO, 2007, p. 38). Um dos principais defensores da tese da falta de legitimidade do Poder Judiciário é Jeremy Waldron entendendo que, em não havendo uma "disfunção" do Poder

Legislativo[182], as divergências acerca do direito devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não no do processo judicial (WALDRON, 2006, p. 1346-1406). Será, então, que o Poder Judiciário possui alguma legitimidade democrática ou é deficitário em termos de legitimidade quando comparado com os outros poderes? Será que legitimidade democrática é sinônimo de escolha de agentes estatais pelo procedimento eleitoral?

Abordaremos aspectos das grandes transformações que a legitimidade sofreu ao longo da história da democracia moderna. A Reflexividade é nosso tema central, por se ligar às Cortes Constitucionais e também por atuar na temporalidade do longo-prazo. Para um estudo sobre a Legitimidade das Cortes Constitucionais é essencial compreender a Democracia como um regime temporal, havendo diversas temporalidades de atuação e decisão.

TRANSFORMAÇÕES DA LEGITIMIDADE.

Rosanvallon (2011), em sua obra "Legitimidade Democrática", nos leva a percorrer aspectos da história da democracia moderna na experiência ocidental. O pensador francês nos recorda que a democracia representativa se assenta em duas ficções fundantes: 1) "que uma parte vale pelo todo"; e 2) "que o momento das eleições vale pela integralidade do mandato".

O pensador francês faz-nos recordar que a democracia acaba confundindo um princípio de justificação (legitimidade) com uma técnica de tomada de decisão (regra da maioria). Isso nos leva a acreditar que a "vontade geral" do povo pode ser tomada de forma monolítica. Argutamente, observa Rosanvallon que "povo" e "nação" são palavras tratadas no singular e não no

---

[182] A "disfunção" do Legislativo é compreendida como situações que afetam o equilíbrio de oportunidades políticas no interior dos sistemas eleitorais (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

plural, o que reforça a ideia de que “povo” significaria a totalidade da sociedade (ROSANVALLON, 2011, p.2)

Investiu-se muito no ritual das eleições como a apoteose do povo, principalmente buscando-se a universalização do voto. Porém, a desilusão com a democracia prevaleceu no período de 1890-1920, quando o sistema eleitoral majoritário foi duramente criticado, perdendo sua credibilidade na sua capacidade de conseguir expressar os interesses de toda a sociedade. (ROSANVALLON, 2011, p. 3). O “povo” ou a “nação” acabaram por se desencantar com o sistema representativo. Isso se deu principalmente porque o sistema partidário, que não havia sido previsto por nenhum dos teóricos da democracia, passou a ser o centro da vida política. O Legislativo, que havia sido idealizado como o “templo da razão pública” no qual os representantes do povo debateriam sobre o interesse geral, acabou se desenvolvendo num sistema de barganha para atender interesses pessoais. Respondendo a esta perda de confiança neste período de 1820-1920, o “povo” buscou experimentar novas formas de reviver o ideal democrático, inclusive procurando experimentar regimes totalitários.

Os Estados cresceram e se fortaleceram. E isso serviu para reformular os princípios democráticos de governo: a máquina burocrática passou a ser vista como uma força de realização do “interesse geral”. O modelo de serviço público, desenvolvido na França, e o modelo de administração racional, dos Estados Unidos, serviram para tornar realidade esta concepção. Uma concepção de uma “corporação universal”, onde os burocratas se tornariam “interessados desinteressadamente” na busca pelo interesse geral. O conhecimento científico dos burocratas seria utilizado para se conseguir promover o bem-estar social para além das paixões partidárias (ROSANVALLON, 2011, p. 3).

Paulatinamente, sem que realmente houvesse uma concepção teórica desta mudança, as democracias passaram a se pautar em uma dupla legitimidade: o sufrágio universal e a administração pública. Há uma história da relação entre Política e serviço público. Pode-se usar os Estados Unidos e a França como exemplos, já que foram os dois primeiros países a instituírem o sufrágio universal. A democracia sempre descansou na concepção de que as instituições deveriam ser estritamente comandadas pela soberania popular que, sozinha, era capaz de determinar aquilo que seria considerado "interesse público". Mas o final do século XIX e o início do XX, uma grande transformação ocorreu, pelo descrédito crescente da população no sistema representativo e nos partidos políticos, que deixaram de ser vistos como capazes de apreender o "interesse público". A influência política sobre a nomeação e destituição de cargos na administração pública foi duramente criticada e percebida como uma privatização dos assuntos públicos (ROSANVALLON, 2011, p. 35-37). Assim, promoveu-se o fortalecimento e independência do serviço público, criando um poder "objetivo", identificado com o interesse geral contra o vírus da corrupção e o veneno do partidarismo político. O serviço público encarnou o "poder administrativo objetivo" (ROSANVALLON, 2011, p. 47-48).

Léon Duguit foi quem deu o formato teórico desta concepção na seara do direito. Descendo da tradição romana, Duguit explica que o poder político era entendido como *imperium*, mantendo a mesma concepção de "possuidor individual", tal como o sujeito de direito possuía o *dominium* sobre sua propriedade privada. Duguit rejeitou essa concepção, não concebendo a soberania popular como uma "suprema entidade coletiva" (um sujeito coletivo) que exercia o poder público tal como um sujeito individual exercia seu direito privado. Tal ideia foi substituída por uma concepção objetiva: o serviço público deveria substituir o conceito de autoridade. A legitimidade desse poder administrativo objetivo derivaria da sua ação na concretização de uma vontade

não subjetiva, mas objetiva (a lei). Para Duguit, o Estado era uma federação de serviços públicos com o objetivo de organizar a sociedade visando servir o interesse público, e o servidor público não era um empregado de um ente coletivo, mas agente que servia ao bem comum (ROSANVALLON, 2011, p. 38-40).

Já nos Estados Unidos, Woodrow Wilson e Frank Goodnow foram responsáveis pelo movimento da "Administração Racional". A proposta era criar uma nova ciência para o "governo prático", distinguindo a política (*politics*) da administração pública. Revendo a clássica teoria da separação dos poderes, Goodnow enuncia que o reino da política se limita ao Legislativo e as normas constitucionais, enquanto o Executivo opera na esfera administrativa. Se a essência da política é expressar a "vontade geral", a essência da Administração Pública é buscar a eficiência e racionalidade. Foram essas concepções que abriram espaço para o desenvolvimento da "nova ciência" que era a *policy science*: o estudo das Políticas Públicas (*public policies*) (ROSANVALLON, 2011, p. 43-45). A burocracia deixou, então, de ser um mero instrumento para o exercício do poder político. Ganhou autonomia, baseada na competência.

Apesar de uma falta de teorização sobre essa legitimidade do serviço público, ela foi essencial no pós-segunda guerra, justamente por ser o cerne dos serviços públicos que compunham o Estado-providência. Frisamos o aspecto da temporalidade dessa legitimidade do serviço público que atuava no longo-prazo. Se a legitimidade política estava circunscrita aos ritmos das eleições (médio-prazo), não era o caso da legitimidade do serviço público. Os mais longos mandatos não eram capazes de lidar com os problemas essenciais de uma Nação. Os políticos chegavam e iam embora. O serviço público permanecia. Por isso, o servidor público era visto como um "sacerdote do longo-prazo" (ROSANVALLON, 2011, p. 52-53)

As duas legitimidades se fundaram em dois rituais: o das eleições de um lado e dos concursos públicos (exames competitivos) do outro. As eleições são um método "subjetivo" de escolha, governado pelos interesses e opiniões; já o concurso público é um método "objetivo", proveniente da seleção dos indivíduos mais competentes[183]. O interessante é observar que juntamente com a legitimidade das eleições, emergiu um segundo tipo de legitimidade; uma legitimidade pela identificação com a generalidade social[184]. Estas duas formas justapostas de legitimidade – procedural (eleições) e substantiva (serviço público) – deram certa estabilidade às democracias ocidentais do século XX; pelo menos até os anos 1980 (ROSANVALLON, 2011, p. 4). Foram essas duas legitimidades que sustentaram o Estado-Providência.

Após os anos 1980, a legitimidade das urnas sofreu uma diminuição do seu prestígio pelo que Rosanvallon chama de "dessacralização". Nos áureos tempos do sistema representativo, as eleições conferiam ao vencedor um mandato no qual se podia governar livremente. Ou seja, assumia-se que futuras políticas públicas estariam sendo implicitamente escolhidas no momento da decisão nas urnas ao se aderir a um partido político que possuía um definido programa partidário. Mas isso não se deu mais assim, de forma que os votos das urnas não concediam ao eleito a legitimidade para as políticas públicas que seriam formuladas posteriormente. As eleições passaram a ser somente uma forma de escolher quem governa e não necessariamente como se governa (ROSANVALLON, 2011, p. 4). Eleger um político não é lhe conceder "um

---

[183] Segundo Rosanvallon (2011, p. 4), no caso francês, o sufrágio universal e o serviço público passaram a ser as duas características essenciais da ideologia republicana: Os "Mandarins Jacobinos" do alto-escalão do serviço público, juntamente com os representantes do povo, foram os responsáveis pela construção da República Francesa.

[184] Na leitura de Rosanvallon, podemos entender que dentro de uma das ficções geradas pelo sistema representativo – que uma parte vale pelo todo – a sociedade estaria em busca de uma forma de se "integralizar", ou seja, uma forma de resgate da identidade com o todo social que teria sida fragmentada pela regra da maioria.

cheque em branco", legitimando-o para tomar qualquer decisão e promover qualquer ação.

> O conceito de "maioria" se alterou. Apesar de ter permanecido o mesmo em termos legais e políticos, não se pode mais dizer o mesmo em termos sociológicos. O "interesse do grande número" não pode ser mais identificado com o de "maioria". O "povo" não podia ser mais apreendido como uma massa homogênea. Do mesmo jeito, "minoria" não significa mais "o menor número". Em verdade, o "povo" passou a significar o plural de minoria. (ROSANVALLON, 2011, p. 4).

Assim, a crise do Estado-providência dinamita as duas legitimidades das eleições e do serviço público. Vejamos. Como o povo não é mais visto como uma massa homogênea, rompe-se um dos pressupostos da democracia schumpeteriana que tão bem parecia explicar o funcionamento das democracias liberais. A apatia política, entendida como a crescente diminuição da participação no processo eleitoral – a dessacralização das eleições -, com altos índices de abstenções, votos nulos e brancos, é uma tendência em todas as democracias do mundo. Trata-se de um fenômeno mundial[185].

Também não teve boa sorte a legitimidade da administração pública. A retórica neoliberal teve importante papel em danificar a credibilidade do Estado e em procurar substituí-la pela do mercado como o novo regulador do bem-estar. Assim, os servidores públicos não seriam os únicos portadores das virtudes da racionalidade e da imparcialidade. A concepção de burocratas "benevolentes" administrando a sociedade se tornou inaceitável sociologicamente (ROSANVALLON, 2011, p. 4).

---

[185] Já em bem conhecida a questão da apatia nos estudos da Ciência Política. Sugerimos os estudos de Inglehart (2004) para uma visão mundial e de Moisés (2010) para a América Latina. Para uma visão crítica da pesquisa de Inglehart, veja Ferres Junior e Eisenberg (2006).

As duas legitimidades – eleitoral e do serviço público – implodiram por conta de duas transformações sociais importantes. A primeira é a chamada "condição pós-moderna", que trata da percepção que o ser humano passou a ter em relação à História. Sua percepção do futuro passou de "progresso" para "risco". A segunda grande mudança advém de novas formas sociais, com o advento de um novo individualismo ou do capitalismo pós-fordista. Para Rosanvallon, teria surgido uma "nova era do particularismo", da qual as duas transformações acima seriam consequência.

O "valor de uso" e "valor de troca" foram duas categorias usadas por Karl Marx para explicar como o Capitalismo conduziu um processo de generalização-reificação do ser humano. Assim, toda a variedade de relações possíveis entre o homem e as coisas (valor de uso) foram reduzidas pelo capitalismo no conceito de valor de troca. Esse processo de generalidade tinha o objetivo de permitir a substituição de um ser humano por outro, afastando-se as particularidades para criar uma generalização: as particularidades dos trabalhadores reduzidas pela generalidade da intercambiável força de trabalho. E essa redução das particularidades do trabalhador permitia a formação de uma categoria genérica: a classe trabalhadora. Surge uma identificação entre si desses trabalhadores, pois todos são submetidos a exploração e a baixa remuneração. Por isso, para Marx, a emancipação do homem passava pela volta à particularidade. Importa observar que o *Welfare State* também lida de forma similar, criando riscos sociais objetivos, procurando atender grupos sociais homogêneos (ROSANVALLON, 2011, p. 61-62).

Mas na década de 1980 surge uma nova "economia da particularidade" que atinge as formas de produção, de consumo e de organização do trabalho. Por parte do consumo, muda-se de mercadorias *standarizadas* para mercadorias *customizadas*. A noção central não é quantidade, mas qualidade. Por parte da produção, promove-se a

especialização e segmentação do mercado, na busca da singularização de produtos. E a genérica “classe trabalhadora” parece sumir diante dos inúmeros novos tipos de trabalhadores necessários para essas mudanças na forma de produção. O trabalhador de hoje precisa ter uma gama de habilidades diferentes e investi-las no seu trabalho sem um guia externo, dando-lhe margem à autonomia. Parece um retorno ao “valor de uso”, pois as particularidades do trabalhador é que lhe garantem a sua empregabilidade. Surge uma nova “sociedade da particularidade” (ROSANVALLON, 2011, p. 62-64).

Com o colapso das duas legitimidades, surgiu a necessidade do aparecimento de outras formas de legitimidade. Especificamente, surgiram três formas menos diretas de se obter a generalidade: 1) a legitimidade da imparcialidade; 2) a legitimidade reflexiva; 3) a legitimidade da proximidade.

A legitimidade da imparcialidade está relacionada com uma forma de se obter a generalidade mediante um distanciamento da particularidade através da construção racional de um ponto de vista sobre um determinado assunto. Trata-se de uma generalidade negativa, ou seja, advinda de uma variável estrutural (independência) e de uma variável comportamental (distanciamento e equilíbrio). É este mecanismo que permite que determinadas instituições possam supervisionar ou regular as atividades dos outros. Esta é a legitimidade que se pode atribuir às agências reguladoras e, no caso do Brasil, ao Ministério Público. A legitimidade reflexiva está relacionada com a obtenção de uma generalidade mediante a multiplicação (generalidade da multiplicação) das diversas expressões da soberania social, ou seja, adotar formas mais complexas de exercício da democracia e para compensar a falha da regra da maioria na obtenção da vontade geral. Segundo o pensador francês, são as Cortes Constitucionais o melhor exemplo deste tipo de legitimidade reflexiva. Por fim, teríamos a legitimidade da proximidade que é relacionada com a obtenção da generalidade mediante a consideração de que a sociedade é composta por uma

miríade de situações especiais. É a generalidade pela a atenção ao particular, onde o governo não se esquece de ninguém e que se envolve com os problemas de todos (ROSANVALLON, 2011, p. 6-7).

Assim, estas três novas legitimidades podem ser definidas pelas suas "qualidades", enquanto as tradicionais formas de legitimidade (eleições e o concurso público) são caracterizadas por um *status*. Enquanto que as três novas legitimidades são de certa forma "condições precárias", que estão sujeitas a mudanças de acordo com a percepção das ações e comportamentos das instituições pela população, as legitimidades tradicionais conferiam um *status* se sobrevivessem aos seus respectivos "testes" das eleições ou do concurso público. Assim, em contraposição as legitimidades tradicionais, que são eminentemente estáticas, as novas três legitimidades são eminentemente dinâmicas. Além disso, as legitimidades tradicionais estavam ligadas a uma legitimação pela conformação a uma certa norma (procedimento). Já as três novas legitimidades são híbridas, pois incluem a "conformação pela norma", mas também um reconhecimento social.

A legitimidade democrática existe quando os cidadãos acreditam no seu governo. Assim como na confiança entre indivíduos, a legitimidade é uma "instituição invisível". Isso porque, na relação entre quem governa e quem é governado, a legitimidade implica não só a ausência de coerção, mas uma tessitura de relacionamentos entre governo e sociedade. Portanto, podemos compreender a legitimidade como uma "instituição invisível" bem como um "indicador sensitivo".

Com base nas transformações da legitimidade democrática, podemos recolocar o problema da dificuldade contramajoritária. O problema da dificuldade contramajoritária pressupõe que a decisão parlamentar estaria situada no mesmo espectro da decisão judicial. Ou seja, ambas constituem polos opostos

de uma mesma escala, sendo que a decisão parlamentar é democrática por que seus membros são eleitos. Já a decisão judicial não é democrática, pois os juízes não passam pelo procedimento eleitoral. Ou seja, são dois polos distintos, irreconciliáveis, e que competem entre si ao tomarem decisões que afetam a sociedade, numa espécie de jogo soma–zero (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011, p. 152).

Assim, as eleições seriam sinônimo de legitimidade democrática. Aqui percebe-se nitidamente o caráter sacramental que o procedimento eleitoral teria assumido. As eleições são, a partir da Revolução Francesa, mais que um simples procedimento. Trata-se de uma questão simbólica, pois é um "sacramento da igualdade" (ROSANVALLON, 2011, p. 156).

A grande transformação da natureza do mandato parlamentar contribuiu para a formação da legitimidade reflexiva. Inicialmente o mandato parlamentar se igualava ao contrato de mandato do direito civil, onde o representante age nos estritos limites dos interesses do representado: o mandato imperativo. Só que outra concepção foi introduzida: a de mandato fiduciário. Nesta modalidade, o representante (político eleito) não está vinculado juridicamente ao eleitor. Assim, o político não seria um representante de um grupo de eleitores, mas um representante do povo, bem como o interesse do representado se transmuta em simples opinião pública. A ideia de um mandato fiduciário, que não vincula o político eleito e o isenta de responsabilidade jurídica, foi tão bem sucedida que o mandato imperativo passou a ser expressamente proibido em diversas constituições europeias do século XIX e XX, tais como Bélgica, Itália, Áustria, Alemanha, Holanda e Dinamarca (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 248). Por outro lado, a contrapartida da perda do mandato imperativo foi a concessão do direito de petição ao cidadão que nasceu como uma compensação e complementação do direito de sufrágio. Assim,

peticionar não era apenas uma defesa de interesses particulares, mas poderia ser usado na defesa de interesses da coletividade. Porém, a partir de 1848, com o sufrágio universal e com o um Judiciário identificado como reduto da aristocracia, o direito de petição acabou perdendo sua conotação política (ROSANVALLON, 2000). Portanto, historicamente, o acesso ao Judiciário já foi considerado como uma das soluções para a perda do liame governantes-governados.

Essa transmutação para uma natureza fiduciária do mandato eleitoral promoveu a ligação de duas qualidades de natureza distintas: a legitimidade e a confiança. Por isso é importante observar que a confiança da população num governante pode variar ao longo de todo o seu mandato, podendo-se questionar se este estaria legitimado em todas as suas ações. O mandato fiduciário introduz a "entropia representativa", ou seja, uma degradação natural na relação de confiança entre eleitos e eleitores ao longo do mandato eleitoral. Esta erosão da confiança tem dado margem ao surgimento de uma "reserva de desconfiança" por parte do eleitorado, reserva esta que tem sido concretizada por meio de uma organização de contra-poderes sociais informais (ROSANVALLON, 2006, p. 13).

Essa desconfiança, historicamente, tomou duas vias distintas: uma liberal e outra democrática. A desconfiança de viés liberal é aquela teorizada por Montesquieu e concretizada pelos *Founding Fathers* norte-americanos que acabaram por enraizá-la em sua Constituição. Benjamin Constant distinguia uma "desconfiança antiga", aquela oriunda do receio aos poderes absolutos, de uma outra que é a "desconfiança moderna", que nasce do receio dos possíveis erros cometidos pelos regimes democráticos. Constant teria evocado o "terrível exemplo" de Robespierre, deixando claro que o que se deseja limitar é a própria democracia. O constitucionalismo nasce desta desconfiança de viés liberal e,

por isso, Constant chega a declarar que “toda boa constituição é um ato de desconfiança”. Em resumo, a desconfiança moderna é uma suspeita em relação ao poder popular, um temor aos seus erros e uma resistência ao sufrágio universal (ROSANVALLON, 2006, p. 12).

Mas é possível outro tipo de desconfiança, uma com viés democrático, cujo objetivo primeiro é velar para que o exercício do poder pelos políticos eleitos seja fiel à vontade popular. É justamente este tipo de desconfiança democrática que é origem da Contrademocracia. Esta desconfiança se organiza principalmente em três modalidades: o poder de vigilância, o poder de veto e o poder de julgar. Assim, ao lado da democracia representativa, surgem estes três contrapoderes que compõem a Contrademocracia (ROSANVALLON, 2006, p. 14-15).

A Contrademocracia surge como uma duradoura democracia da desconfiança, enquanto a tradicional democracia representativa construiu seus cânones com base na confiança exercida na episódica democracia eleitoral. Contrademocracia é um conceito que significa uma forma de exercício da democracia como uma espécie de contraforte ou botaréu. Assim como um contraforte na arquitetura serve para reforçar um muro ou parede, mediante a aplicação de uma força contrária ao próprio muro que procura sustentar, a Contrademocracia reforçaria a democracia, mesmo que realizando uma força de oposição à democracia representativa (ROSANVALLON, 2008, p. 8).

Parece interessante a proposta que vê no *judicial review*, advindo do princípio da separação de poderes de Montesquieu, um processo de *accountability* horizontal (entre os poderes) de forma que haja uma “separação da soberania”. Essa proposta seria um resquício do pensamento pré-moderno, uma visão aristocrática, e não estaria em compasso com a democracia. Já a proposta da soberania parlamentar, baseado no princípio democrático de

soberania popular, institui uma *accountability* vertical, de forma que há um controle de baixo para cima: o povo controla o parlamento que, por sua vez, controla o governo (MAUS, 2010, p. 29).

Ocorre que no modelo da democracia parlamentar, há que se perguntar quem é esse “povo” que supostamente controla o Legislativo. Durante quase toda a história da democracia moderna, cidadão e povo foram conceitos com significados diferentes. A concepção de cidadão sempre foi muito restrita, abarcando uma parcela muito pequena da população. Exigia-se algum critério para a capacidade eleitoral ativa –participar das eleições na condição de eleitor (*ius sufragii*)- e outro mais restritivo para a capacidade eleitoral passiva – participar na condição de candidato (*ius honorum*). Estes requisitos normalmente englobavam alguma condição econômica, seja uma determinada extensão de terra, renda ou capital, de forma que excluía a grande massa da população rural e os trabalhadores urbanos. Há que se lembrar que os direitos políticos eram deficientes em distribuição, ou seja, eram um monopólio de poucos. Um pequeno grupo possuía os direitos políticos incorporados ao seu *status* de cidadão (daí a dicotomia cidadãos ativos e passivos). Na maior parte da história democrática, os direitos políticos não estavam incluídos nos direitos de cidadania. Mediante as lutas sociais, houve uma lenta e gradual evolução pela conquista dos direitos políticos que só se ultimou no século XX (MARSHALL, 1967, p. 69-70).

Porém, isso não impediu que o Legislativo se identificasse como democrático, graças a fórmula “Representantes do povo” criada por Mirabeau. Era como se no momento da elaboração da lei pelo corpo legislativo, estivesse presente o próprio povo soberano. O corpo legislativo era a encarnação do próprio povo. É por isso que o Legislador, como se fosse o próprio povo, deveria interpretar a lei em caso de dúvida e não o Poder Judiciário: *Ejus est interpretari,*

cujus est condere (MALBERG, 1974, p. 202). Surge o mito do legislador como encarnação do próprio povo. É o Legislativo "boca do povo".

O ponto é que essa concepção de soberania indivisível foi responsável pelo "monismo político", ou seja, não podia haver nenhuma outra instância ou mecanismo legítimo para representar o povo. A vontade do povo dispersa na sociedade era unificada no parlamento, ou melhor, somente o Legislativo tinha a capacidade de traduzir a vontade geral do povo em algo concreto, pois não haveria nenhuma outra instituição capaz de fazê-lo. Não muito diferente é a ideia de um Executivo forte que adota um monismo identitário com o povo contra a "oligarquia do Legislativo", aliás, que foi importante para solidificar o sufrágio universal como ocorreu sob a presidência de Andrew Jackson nos Estados Unidos (VILE, 1967, p. 173). Nessa linha, houve um fortalecimento do Poder Executivo que também passa a ser visto como a única instituição capaz de traduzir a vontade popular que, ao radicalizar tal concepção, pode-se desenvolver tanto uma situação de totalitarismo quanto de populismo[186].

Mas para compreender a nova legitimidade reflexiva que é concedida ao Poder Judiciário, é necessário compreender as pluralidades temporais da política, o que nos levará a compreender a democracia como um regime temporal.

---

[186]Para uma leitura do monismo político identitário como ameaça à Democracia, principalmente na visão de Carl Schmitt: Maus (2010, p. 53-54). Como ameaça pelo populismo, especialmente no cesarismo bonapartista: Rosanvallon (2000, p. 199-238).

DEMOCRACIA COMO UM REGIME TEMPORAL E A LEGITIMIDADE REFLEXIVA

Uma contribuição importante de Rosanvallon (2011) é a compreensão de que a obtenção da “vontade do povo” é possível de ser realizada em distintas escalas temporais: curto, médio e longo-prazo. Assim, o momento das eleições é uma forma instantânea de aferição da legitimidade. É como se o poder soberano do povo se manifestasse como um raio: uma descarga elétrica intensa, mas instantânea. As escalas temporais se reportam a uma pluralidade temporal da política. Assim, numa democracia coexistem a instantaneidade das eleições (curto-prazo), os mandatos parlamentares (médio-prazo) e a Constituição, sendo que esta última opera num horizonte de longo-prazo (ROSANVALON, 2011, p. 128-132). Portanto, a democracia pode ser compreendida como um regime temporal.

Condorcet parece ter sido o primeiro que não concordou com a ideia de um monismo político e entendia que a vontade do povo podia ser apreendida por diferentes instituições e em diversas temporalidades. Assim, Condorcet condenava a “Democracia Imediata”, aquela que fosse exclusivamente dada pelos procedimentos eleitorais. Há que se lembrar que Rousseau, em seu “Contrato Social”, demonstrava desconfiança em relação ao ato de deliberação, que era entendida como sintoma de que a vontade geral estaria sendo subjugada por vontades particulares:

> Quanto maior a harmonia reinante nas assembleias, isto é, quanto mais as opiniões se aproximam da unanimidade, tanto mais a vontade geral se revela dominante; já os longos debates, as dissensões, o tumulto, anunciam o ascenso dos interesses particulares e o declínio do Estado (ROUSSEAU, 1975, p. 105).

A despeito do que falamos da transformação do mandato eleitoral, usada para evitar que a população realmente exercesse a democracia, foi

justamente ela que permitiu o surgimento da deliberação parlamentar. Essa possibilidade de discussão e debate no âmbito do Legislativo foi um acréscimo importante para a Democracia: uma temporalidade mais alargada do que aquela momentânea decisão das urnas (ROSANVALLON, 2011, p. 128-129; URBINATI, 2006, p. 184-187).

Porém, a democracia representativa, aliada ao mandato fiduciário, isolou temporalmente a participação cidadã. Ou seja, a participação política do cidadão parece ter sido reduzida a uma participação instantânea, circunscrita apenas às eleições. Ou seja, se por um lado "todo o poder emana do povo", esse mesmo povo só aparece episodicamente durante as eleições. As eleições são a epifania do povo que, logo após, parece ter que sumir para um Olimpo distante. Democracia representativa não é apenas uma democracia de participação indireta, mas também uma democracia de participação cidadã temporalmente limitada. Mesmo os mecanismos de democracia direta garantidos pela nossa Constituição – plebiscito, referendo e iniciativa popular – são, se bem observados, participações cidadãs instantâneas, ou seja, não há abertura para uma participação continuada da população brasileira[187].

Com o surgimento da Contrademocracia, podemos dizer que a concepção de um cidadão passivo é um mito. Apatia política para Schumpeter seria explicada pelo fato de o cidadão tomar uma decisão racional em favor de dar mais importância aos seus interesses privados do que aos interesses públicos. Mas a apatia pode ser compreendida de outra forma: a percepção da população da falta de escolha real no marco da democracia representativa. A falta de escolha permite que forças sociais se organizem na sociedade civil,

---

[187]Poderíamos excepcionar aqui a prática das Audiências Públicas e, mais exemplarmente, as deliberações em Orçamento Participativo. São práticas que atuariam no médio-prazo conjuntamente com os mandatos eleitorais.

como associações e ONGs dos mais variados tipos. Não havendo a recepção dessas forças sociais pelas instituições da democracia representativa, abre-se um verdadeiro continente de atuação política não-institucionalizada que é o campo da Contrademocracia.

Observe-se que essa atuação da Contrademocracia se dá no horizonte temporal do médio-prazo, justamente aquele que foi banido da população por força da concepção de uma democracia representativa que é episódica e circunscrita à instantaneidade das eleições. Houve um alargamento temporal da democracia sem que sua recepção ocorresse pelas instituições representativas. A deliberação política não é mais exclusividade de políticos profissionais eleitos, mas também pode ser realizada pela população nos espaços de participação cidadã abertos pela sociedade civil.

Outra questão são os limites temporais que o procedimento eleitoral parece trazer para a democracia. Como o político está sujeito à renovação de seus mandatos de forma periódica – as eleições -, dificilmente este assume posições que possam prejudicá-lo na eleição futura. Portanto, seu horizonte de decisão parece se circunscrever no médio-prazo, procurando fugir de decisões políticas cujas consequências possam demorar muito tempo para uma avaliação positiva dos eleitores. Tal é o caso de políticas públicas cujos efeitos – benéficos ou não – só poderão ser avaliados em período temporal bem superior aos dos mandatos eleitorais. Esse é o problema da “miopia da democracia”, pois parece que o político eleito “não enxerga à distância” (longo-prazo), procurando não se comprometer com decisões cujo resultado não seja previsível ao longo de seu mandato (ROSANVALLON, 2010). O fracasso da Rio+20 mostra que tal miopia não é um problema nacional, pois os líderes mundiais se recusaram a um compromisso mais firme em prol da defesa do meio-ambiente (GUIMARÃES; FONTOURA, 2012).

Mas é possível uma democracia temporalmente mais alargada, que é o ambiente das Constituições. Uma Constituição está associada à estabilidade de determinados valores cuja sociedade julga ser importante preservá-los. O problema da temporalidade do longo-prazo para a democracia é a imutabilidade da Constituição. Apesar da necessidade de proteção de “valores permanentes”, há a necessidade de inovações geracionais para se evitar o “governo dos vivos pelos mortos” como era a preocupação de Condorcet, Tom Paine e Thonas Jefferson (ROSANVALON, 2011, p. 128-132). A temporalidade do longo-prazo é o ambiente deliberativo das gerações não-contemporâneas: um diálogo entre os vivos, os mortos e os que ainda estão por vir.

Uma democracia *longue durée* pode ser prejudicada pelo problema da miopia da democracia que nasce do próprio fato da existência de cargos eletivos. Portanto, deve haver alguma instituição que atue na temporalidade de longo-prazo. Esse papel é exercido atualmente pelas cortes constitucionais onde o exercício da vigilância e da memória permite apreender a interpretação da Constituição como uma democracia vista a longo-prazo. Esta é a legitimidade reflexiva que as Cortes Constitucionais possuem e que é de natureza diferente da legitimidade eleitoral (ROSANVALLON, 2011, p. 138-145). Mais que guardiã de um texto, uma Corte Constitucional deve ser guardiã de uma temporalidade.

Dentro desta concepção de possibilidade de aferição da legitimidade em distintas escalas temporais, Rosanvallon entende que o “povo” pode ser percebido de três formas: como “povo eleitoral”, como “povo social” e o “povo como princípio”. O “povo eleitoral” é o mais fácil de ser compreendido, uma vez que se manifesta pela realidade das eleições, onde há uma separação entre maioria e minoria. Porém, as eleições não conseguem demonstrar a “opinião pública” como um todo, pois, ao mesmo tempo em que as eleições criam uma disputa, elas também resolvem o conflito pela regra da maioria. O “povo social”

pode ser compreendido como uma ininterrupta sucessão de atividades de minorias. Seria a soma total dos mais diversos protestos e iniciativas que revelam realidades que afrontam a ordem estabelecida. O “povo social” é o reino natural onde se expressa a Contrademocracia. Finalmente, o “povo como princípio” não é uma entidade substantiva. É constituída por “direitos básicos” que podem ser compreendidos como bens públicos não-competitivos (*non-rivalrous public goods*), ou seja, que todos podem gozar sem prejudicar os demais (ROSANVALON, 2011, p. 130).

A ideia aqui é que os “direitos básicos” são bens não-competitivos de forma que a sua utilização por uma pessoa não exclui a de outra pessoa. Conforme Roger Guesnerie (2004), os bens não-competitivos podem ser compreendidos, parafraseando Victor Hugo, comentando sobre o amor de mãe pelos seus filhos, como aquele em que “cada um tem a sua parcela, mas todos compartilham do todo”.

Em relação aos modelos constitucionais, Rosanvallon nos recorda que a supremacia constitucional pode ser compreendida sob duas óticas. A mais tradicional, que sempre esteve ligada ao pensamento liberal, é a que podemos encontrar nas propostas de Sieyès, Constant e Kelsen, ou seja, uma limitação da soberania, essencialmente entendida como uma limitação à democracia. Daí a concepção das Cortes Constitucionais como instituições contra-majoritárias como sinônimas de antidemocráticas. Porém, é possível outro modelo, o da “democracia reflexiva” onde a supremacia constitucional não é antidemocrática, mas uma forma indireta de ampliar o poder dos cidadãos sobre as instituições. Essa era a visão de Thomas Jefferson onde o principal problema era a “tirania das legislaturas”. Assim, na sua visão, o *judicial review* era uma forma de resistência popular. Da mesma forma, o *Bill of Rigths* norte-americano era compreendido como uma proteção do povo contra o governo federal, o que nos leva a observar que o *rule of law* pode ser compreendido como um equivalente

da democracia direta. Assim, o papel do Constitucionalismo e da reflexividade é tratar do "povo como princípio", ou seja, dentro de uma escala temporal de longo-prazo. Esse papel é exercido atualmente pelas Cortes Constitucionais onde o exercício da vigilância e da memória permitem apreender a interpretação da Constituição como uma democracia *longue durée* (ROSANVALLON, 2011, p. 138-145). As Cortes Constitucionais "representam a memória coletiva que mantém vivo os valores da democracia e dá ao povo uma compreensão de sua herança" (ROSANVALLON, 2011, p. 141).

Portanto, as Cortes Constitucionais teriam sua clássica legitimidade da imparcialidade transformada na legitimidade reflexiva. Aliás, é preciso lembrar que a própria concepção de imparcialidade sofreu uma transformação, não sendo a mesma daquela do século XVIII e XIX e que foi atribuída ao Judiciário. Rosanvallon atribui a legitimidade da imparcialidade às "autoridades independentes" que, no caso brasileiro, poderia ser o nosso Ministério Público. Houve uma mudança da "imparcialidade passiva", aquela mais tradicional e surgida no século XVIII, para uma nova "imparcialidade ativa". A imparcialidade passiva está relacionado à visão liberal do constitucionalismo e da sua concepção de Estado, ou seja, uma forma de limitar ou frear o poder político: mais leis, menos democracia. A imparcialidade ativa, diferentemente, é responsável pela "Democracia da Imparcialidade". Ela não gera um espectador passivo. Assim, como Tocqueville distinguia a democracia como regime (soberania do povo) da democracia como sociedade (igualdade de condições), a imparcialidade ativa não pode ser entendida como um *status*, mas como uma abertura de oportunidades para uma história promissora. Assim, a despeito das reais diferenças sociais e econômicas, cria-se uma "igualdade imaginária" que, por sua vez, busca ampliar iguais oportunidades que eliminem essas diferenças reais. Tal proposta foi encarnada pelo *Welfare State*, que buscou criar uma "sociedade de radical imparcialidade". Assim, a imparcialidade não é um

conceito que pertence apenas ao Judiciário, estabelecendo um vetor para a construção de um espaço público mais transparente e deliberativo. A Imparcialidade ativa não reflete uma judicialização da sociedade, mas estabelece um novo caminho na busca da emancipação, entendida como uma sociedade mais igualitária (ROSANVALLON, 2011, p. 104-107).

Retornando a legitimidade reflexiva, esta permite um aperfeiçoamento da qualidade da deliberação política o que dá origem a uma “democracia reflexiva” cujo ambiente de desenvolvimento se dá no interior do Poder Judiciário. Portanto, é de certa forma simplista compreender que as decisões judicias sejam anti-democráticas pelo simples fato dos magistrados não serem eleitos.

É possível imaginar que o uso do vocábulo “reflexivo” em Rosanvallon, tenha correlação com o “juízo reflexivo” de Kant, já que para este a “faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido sob o universal” sendo que quando nos é dado o particular e devemos encontrar o universal, então utilizaremos a faculdade do juízo reflexivo. Assim, o juízo reflexivo não parte de um conceito, mas parte de um dado singular para se encontrar um conceito universal. Este parece ser o juízo das cortes constitucionais quando procuram “o povo como princípio” contido sob os casos concretos que lhe são apresentados, de forma que é possível lidar com a multiplicidade das experiências de forma a pensá-la como constituindo um todo (PERIN, 2008, p. 114-119).

Por outro lado, esse “povo como princípio” não é uma pura abstração da razão como estabelecido no pensamento kantiano. Os direitos humanos podem ser compreendidos como a “cidadania do indivíduo”, ou seja, como uma forma de filiação (*membership*) à coletividade e expressão da humanidade da pessoa, reconhecendo a irredutível singularidade de cada ser humano, de forma

que “o todo” e “as partes” da sociedade estão em perfeita integração. O sujeito portador de direitos é a figura principal do povo-princípio, havendo um deslocamento político do reino sociológico para o reino do Direito. Tal deslocamento decorre do fato de que a sociedade é composta, cada vez menos, por uma identidade estável, sendo que o povo-social se torna cada vez mais numa “nebulosa de heterogeneidade” marcada por concepções contraditórias, cujo liame entre elas é a própria contradição. Assim, longe de parecer pertencente ao mundo do numênico kantiano, pode-se dizer que o povo-princípio, compreendido como o “sujeito portador de direitos”, é hoje o mais concreto dos seres humanos, pois representa todos aqueles que são discriminados, excluídos ou esquecidos (ROSANVALLON, 2011, p. 131).

CONCLUSÃO

Rosanvallon se dedica, em sua obra “Legitimidade Democrática”, em se aprofundar sobre a origem da legitimidade nos Estados democráticos. Seria apenas sinônimo de eleições? Somente as urnas poderiam conceder legitimidade? Se a resposta fosse positiva, então o problema ao qual nos dedicamos nessa dissertação – se o Judiciário está investido de alguma legitimidade – teria resposta simples: não possui legitimidade porque os magistrados não são eleitos. Revisitando a história da democracia moderna, Rosanvallon nos concede outra perspectiva, mostrando que houve transformações na própria legitimidade democrática, desde o século XVIII até a contemporaneidade. Apesar da importância das eleições e da universalização do voto, houve um “desencanto” com a democracia representativa no final do século XIX e início do século XX, levando à dessacralização das eleições. Não houve grandes teorizações sobre a necessidade de uma nova legitimidade que

complementasse a das urnas e que foi preenchida pela organização do Serviço Público.

A descrença no sistema representativo levou a busca de uma nova instituição que conseguisse apreender os anseios da população que não eram atendidos pela esfera política que havia se centrado em disputas eleitorais, criando alta rotatividade no preenchimento dos cargos públicos da Administração por serem estes muitas vezes alvos de barganhas ou extensão dessas mesmas disputas. Como nos recorda Rosanvallon, com as teses de Léon Duguit e de Goodnow, procurou-se uma apreensão mais objetiva da vontade coletiva, o que pode ser realizado na concepção de "poder administrativo objetivo", materializado pela criação de um corpo de servidores públicos identificados com a ideia de bem comum. Era uma "Corporação do Universal", pois não representava uma ou outra tendência política-partidária, mas buscava uma unificação da vontade popular, não pelas urnas, mas pela implementação das leis e pela manutenção de um projeto de serviço público atuando na escala temporal de longo-prazo e não na de médio-prazo, temporalidade típica das disputas eleitorais.

Rosanvallon nos aponta para uma necessidade sociológica de busca por unidade ou "integralização" que a democracia representativa, com o procedimento eleitoral, não teria conseguido resolver. Daí surge as duas ficções fundantes da democracia representativa: 1) "que uma parte vale pelo todo"; e 2) "que o momento das eleições vale pela integralidade do mandato". A democracia acaba confundindo um princípio de justificação (legitimidade) com uma técnica de tomada de decisão (regra da maioria). Durante o fim do século XIX até os anos 1980, e especialmente no pós-segunda guerra por meio do *Welfare State*, o serviço público parece ter conseguido apreender a "vontade geral" de forma monolítica ao criar um corpo de servidores que se identificassem com o "interesse público" ou "bem comum".

Pierre Rosanvallon parece ter prosseguido de onde T.H. Marshall teria parado, seguindo o desenvolvimento dos direitos sociais no século XX: o surgimento do Estado-providência, o fortalecimento da Administração Pública, e a posterior “crise” a partir dos anos 1980, quando também ocorreu a ascensão das teses neoliberais. Há que se perceber, também, que a partir dos anos 1980 se solidificou outras transformações de ordem social, o que muitas vezes aparece na literatura como condição pós-moderna e também capitalismo pós-fordista. São transformações que dão surgimento a uma nova “sociedade do particularismo” advinda de uma nova economia do particularismo, redefinindo o modo de produção, de consumo e de organização do trabalho. Tal transformação dinamita as legitimidades que sustentaram o Estado contemporâneo até os anos 1980: a legitimidade eleitoral e a legitimidade de identificação com a generalidade, esta última atribuída ao serviço público.

Surgiu a necessidade do aparecimento de outras formas de legitimidade. Especificamente, surgiram três formas menos diretas de se obter a generalidade: 1) a legitimidade da imparcialidade; 2) a legitimidade reflexiva; 3) a legitimidade da proximidade. Como vimos, essas três novas legitimidades podem ser definidas pelas suas “qualidades”, enquanto as tradicionais formas de legitimidade (eleições e o concurso público) são caracterizadas por um *status*. Enquanto que nas três novas legitimidades são de certa forma “condições precárias”, as legitimidades tradicionais conferiam um *status* se sobrevivessem aos seus respectivos “testes” das eleições ou do concurso público. Assim, em contraposição as legitimidades tradicionais, que são eminentemente estáticas, as novas três legitimidades são eminentemente dinâmicas. Além disso, a legitimidade democrática existe quando os cidadãos acreditam no seu governo. Portanto se relacionam com a “confiança” o que nos permite compreender a legitimidade como um “indicador sensitivo”.

A visão tradicional do Judiciário como detentor de uma legitimidade baseada na imparcialidade não leva em consideração a própria transformação que essa legitimidade sofreu, especialmente em decorrência das políticas sociais do *Welfare State*. De uma “imparcialidade passiva”, uma espécie de terceiro desinteressado, um espectador passivo, passou-se para uma “imparcialidade ativa”, baseada na concepção democrática de “igualdade de condições”, o que exige das instituições uma atuação na promoção dessas igualdades. No caso brasileiro, parece-nos a situação do Ministério Público como autoridade independente. Para Rosanvallon, o Judiciário, ou melhor, as Cortes Constitucionais, teriam adquirido a legitimidade reflexiva, permitindo-as atuarem na temporalidade do longo-prazo.

Aliás, uma das contribuições mais importantes de Rosanvallon é nos recordar que a democracia pode ser compreendida como um regime temporal. Há temporalidades distintas na vida democrática: a instantaneidade das eleições (curto-prazo), o período dos mandatos parlamentares entre as disputas eleitorais (médio-prazo) e o “reino da Constituição” com uma temporalidade de longo-prazo. Todas as temporalidades compõem a Democracia e são igualmente importantes.

Condorcet parece ter sido o primeiro a ter essa percepção, discordando da “Democracia Imediata” proveniente do pensamento de Jean-Jacques Rousseau. A base da teoria democrática, a concepção de soberania popular, está intrinsecamente fundada no imediatismo rousseauniano, pois para o pensador genebrino, a vontade geral era capaz de ser percebida “de pronto” pelos cidadãos da república. O espaço para debate e discussões, não significava uma maior reflexão para Rousseau. Debate não era indicação de uma genuína preocupação para a busca da melhor solução, mas sintoma de que a vontade geral estaria sendo subjugada por vontades particulares, cujos proponentes se esforçariam para convencerem os demais a votarem e

transformarem esses interesses particulares em “lei”. Seria uma falsa lei baseada numa pseudo-vontade geral que só esconderia um interesse particular. A solução para Rousseau? Decisão imediata. Condorcet recorda que a democracia representativa nos agrega algo positivo, uma temporalidade mais alargada que nos permite a deliberação: uma decisão mais cuidadosa e refletida.

Para além de uma restrita concepção de legitimidade democrática como sinônima de procedimento eleitoral, o pensador francês nos abre um novo território para explorarmos, rompendo com uma visão restrita de legitimidade. Isso permite recolocar o problema, já que há “legitimidades democráticas”, cada uma com uma característica diferenciada. Assim, pode-se afirmar que as Cortes Constitucionais possuem legitimidade democrática, uma delas pelo menos, que é a legitimidade reflexiva. Uma legitimidade tão importante para a Democracia quanto a legitimidade procedural das eleições.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

FERES JÚNIOR, João; EISENBERG, José. Dormindo com inimigo: uma crítica ao conceito de confiança. **Dados** (Rio de Janeiro. Impresso), v. 49, p. 457-481, 2006. Disponível em:<http://gemaa.iesp.uerj.br/JFJ/wp-content/uploads/2011/05/Dormindo-com-o-inimigo-2006.pdf>

GUESNERIE, Roger. Teoria econômica e organização social. **ECONOMIA**, Niterói (RJ), v.5, n. 1, p. 8-33, jan./jun. 2004.

GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+20 ou Rio-20?: crônica de um fracasso anunciado. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 15, n. 3, dez. 2012.

INGLEHART, Ronald et al. Human Beliefs and Values: A Cross-Cultural Sourcebook. Mexico: Siglo XXI, 2004.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; Mota, Maurício (Orgs.). **O Estado Democrático de Direito em Questão**: Teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MALBERG, R. Carré de. A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1974, p. 195-209.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAUS, Ingeborg. Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOISÉS, José Álvaro (Org.). **Democracia e Confiança:** Por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. **Vocabulário da política.** Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010.

PERIN, Adriano. **O problema da unidade da razão em Kant**: uma reconstrução sistemática a partir de três momentos do desenvolvimento do período crítico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée**: histoire de la souveraineté du peuple em France. Gallimard, 2000.

______. **Counter-Democracy**: politics in an age of distrust. trad. Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

______. **Democratic legitimacy**: impartiality, reflexivity, proximity. trad. Arthur Goldhammer. Princenton: Princenton University Press, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1975.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy**: principles & genealogy. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

VILE, M.J.C. **Constituionalism and the separation of powers.** Oxford: Clarendon press, 1967.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Laww Journal**, v. 115, 2006, p. 1346-1406.